التكملة الثانية

المجموع

شرح المهذب

الجزء الرابع عشر

الناشر
المكتبة السلفية
المدينة المنورة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الضمان[1]

(الشرح) الأصل فى جواز الضمان الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى فى سورة يوسف الآية ٧٢ « قالوا : نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » قال ابن عباس : الزعيم الكفيل . وفيها ست مسائل :

(الأولى) قال علماؤنا : هذا نص فى جواز الكفالة . وقال القاضى أبو إسحاق ليس هذا من باب الكفالة فإنها ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها ، وذلك جائز لغة لازم شرعا . قال الشاعر :

فلست بآمر فيها بسلم ولكنى على نفسى زعيم

وقال الآخر :

وإنى زعيم إن رجعت مملكا بسير ترى منه الغرانق أزورا

قال الإمام أبو بكر بن العربى : هذا الذى قاله القاضى أبو إسحاق صحيح . بيد أن الزعامة فيه نص ، فإذا قال أنا زعيم فمعناه أنى ملتزم . وأى فرق بين أن يقول : ألتزمه عن نفسى أو التزمت به عن غيرى ؟

(الثانية) قوله « وأنا به زعيم » إنما يكون فى الحقوق التى تجوز النيابة فيها ، وأما كل حق لا يقوم فيه أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيها ، وتركب على هذا مسألة وهى :

(الثالثة) إذا قال : أنا زعيم لك بوجه فلان . قال مالك « يلزمه » وقال الشافعى لا يلزمه لأنه غرر ، إذ لا يدرى هل يجحده أم لا ؟ والدليل على جوازه

---

(١) الضمان مشتق من ضم ذمة الى ذمة . وقال فى البسيط : هو مشتق من التضمين ، ومعناه تضمين الدين فى ذمة من لا دين عليه ، وقد غلط من قال هو مأخوذ من الضم فان النون أصلية فيه وهذا لام فعل منه ميم ؛ وأصله ضمم ، والضمان لام فعل منه نون .

أن المقصود بالزعامة تنزيل الزعيم مقام الأصل ، والمقصود من حضور الأصل أداء المال ، فكذلك الزعيم

(الرابعة) كما أن لفظ الآية نص فى الزعامة فمعناها نص فى الجعالة ، وهى نوع من الإجارة ، لكن الفرق بين الجعالة والإجارة أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوّض من الجهتين ، والجعالة يتقدر فيها الجعل والعمل غير مقدر .

ودليله أن الله سبحانه شرع البيع والابتياع فى الأموال لاختلاف الاغراض وتبدل الأحوال ، فلما دعت الحاجة الى انتقال الأملاك شرع لها سبيل البيع ، وبيّن أحكامه ، ولما كانت المنافع كالأموال فى حاجة الى استيفائها ، إذ لا يقدر كل أحد أن يتصرف لنفسه فى جميع أغراضه نصب الله الإجارة فى استيفاء المنافع بالأعواض ، لما فى ذلك من الاغراض

(الخامسة) فاذا ثبت هذا فقد يمكن تقدير العمل بالزمان كقوله : تخدمنى اليوم . وقد يقول : تخيط لى هذا الثوب ، فيقدر العمل بالوجهين ، وقد يتعذر تقدير العمل، كقوله : من جاءنى بضالتى فله كذا . فأحد العوضين لا يصح تقديره والعوض الآخر لا بد من تقديره ، فان ما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه الى مالا ضرورة فيه ، والأصل فيه الحديث الذى ورد من أخذ الاجرة على الرقية : وهو عمل لا يتقدر ، وقد كانت الإجارة والجعالة قبل الإسلام فأقرتهما الشريعة ، ونفت عنهما الغرر والجهالة

(السادسة) فى حقيقة القول فى الآية : ان المنادى لم يكن مالكا ، انما كان نائبا عن يوسف ورسولا له ؛ فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع ، وتحمل هو به عن يوسف ، فصارت فيه ثلاث فوائد :

(الاولى) الجعالة ، وهى عقد يتقدر فيه الثمن ، ولا يتقدر فيه المثمن

(الثانية) الكفالة ، وهى ههنا مضافة الى سبب موجب على وجه التعليق بالشرط ، وقد اختلف الناس فيها اختلافا متباينا تقريره فى المسائل . وهذا دليل على جوازه فانه فعل نبى ولا يكون إلا شرعا .

وقد اختلف الائمة فى الكفالة ، فجوّزها أصحاب أبى حنيفة محالة على سبب

وجوب . كقوله : ما كان لك على فلان فهو عليّ ، أو إذا أهل الهلال فلك عليّ عنه كذا ، بخلاف أن تكون معلقة على شرط محض ، كقوله إن قدم فلان . أو إن كلمت زيداً .

وقال الشافعي لا يجوز بشيء من ذلك . وهذه الآية نص على جوازها محالة على سبب الوجوب .

(الثالثة) جهالة المضمون له .

قال علماؤنا هي جائزة ، وتجوز عندهم أيضا مع جهالة الشيء المضمون أو كليهما ومن العجب أن أبا حنيفة والشافعي اتفقا على أنه لا تجوز الكفالة مع جهالة المكفول له . وادعى أصحاب أبي حنيفه أن هذا الخبر منسوخ من الآيه خاصه

وقال أصحابنا من أئمة المذهب هذه الآيه دليل على جواز الجعل ، وهي شرع من قبلنا ، وليس لهم فيه تعلق في مذهب

وقال أصحابنا أيضا إن معرفة المضمون عنه والمضمون له فيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه لا بد من معرفتهما ، أما معرفة المضمون عنه فليعلم هل هو أهل للإحسان أم لا ، وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا ؟

(الثاني) أنه افتقر إلى معرفة المضمون له خاصة ، لأن المعاملة معه خاصة

(الثالث) أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما وهو الصحيح في حديث أبي قتادة أنه ضمن عن الميت ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون له ، ولا عن المضمون عنه ، والآية نص في جهالة المضمون له ، وحمل جهالة المضمون عليه أخف

وقال القرطبي ، إن قيل كيف ضمن حمل البعير وهو مجهول ، وضمان المجهول لا يصح ، قيل له

حمل البعير كان معينا معلوما عندهم كالوسق فصح ضمانه ، غير أنه بذل مال للسارق ، ولا يحل للسارق ذلك ، فلعله كان يصح في شرعهم ، أو كان هذا جعالة وبذل مال لمن يفتش ويطلب ، ثم قال

قال بعض العلماء في هذه الآيه دليلان (أحدهما) جواز الجعل وقد أجيز

الضرورة . ثم ساق كلام الشافعى الذى سبق إيراده (الثانى) جواز الكفالة على الرجل لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف .

قال علماؤنا : إذا قال الرجل تحملت أو تكفلت أو ضمنت أو وأنا حميل لك أو زعيم لك أو كفيل أو ضامن أو قبيل ، أو هو لك عندى أو على أو إلىّ أو قبلى ، فذلك كله حمالة لازمة . والزعامة لا تكون إلا فى الحقوق التى تجوز النيابة فيها مما يتعلق بالذمة فى الأموال وكان ثابتاً مستقراً فلا تصح الحمالة بالكتابة لأنها ليست بدين ثابت مستقر ؛ لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة ، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيه . ويسجن المدعى عليه الحد حتى ينظر فى أمره .

وشذ أبو يوسف ومحمد فأجازا الكفالة فى الحدود والقصاص وقالا : إذا قال المقذوف أو المدعى القصاص بينتى حاضرة كفله ثلاثة أيام . واحتج الطحاوى لهم بما رواه حمزة بن عمرو عن عمر وابن مسعود وجرير بن عبد الله والأشعث أنهم حكموا بالكفالة بالنفس بمحضر الصحابة رضى الله عنهم

وأما السنة ففى حديث أبى هريرة عند أبى داود والترمذى وقال حديث حسن أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال « ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث ، ولا تنفق امرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها ، والعاريه مؤداة والمنحة مردودة ، والدين مقضى والزعيم غارم » فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله (ص) غارماً

وروى قبيصة بن المخارق الهلالى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تحل الصدقة إلا لثلاثة . فذكر رجلا تحمل بحمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك » فأباح له الصدقة حتى يؤدى ، فدل على أن الحمالة قد لزمته

وروى عن سلمة بن الأكوع أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه فقال « هل عليه دين » قالوا « نعم . ديناران » قال « هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا لا فتأخر . فقيل لم لا تصلى عليه ؟ فقال ما تنفعه صلاتى وذمته مرهونة ، إلا إن قام أحدكم فضمنه . فقام أبو قتادة فقال : هما علىّ يا رسول الله ، فصلى عليه النبى

صلى الله عليه وسلم ، رواه البخارى وأحمد والنسائى والترمذى وصححه . والنسائى وابن ماجه وقالا « فقال أبو قتادة أنا أتكفل به ».

وقد أخرج أحمد وأبو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله وأخرجه أيضا ابن حبان والدارقطنى والحاكم وفيه « أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً فعلىّ ، ومن ترك مالا فلورثته »

وفى معناه عند الدارقطنى والبيهقى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه وفيه أن علياً قال أنا ضامن ، ثم دعا له الرسول صلى الله عليه ثم قال « ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامه» قال الحافظ بن حجر فى إسناده ضعف وعن سلمان عند الطبرانى بنحو حديث أبى هريرة رضى الله عنه وزاد « وعلى الولاة من بعدى من بيت مال المسلمين » وفى إسناده عبد الله بن سعيد الانصارى متروك ومتهم .

وعن أبى أمامة رضى الله عنه عند ابن حبان فى ثقاته ضعف

والحكمة فى ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون فى حياتهم ، والتوصل إلى البراءة ، وقد توسع شيخنا الإمام النووى رضى الله عنه فى كتاب الجنائز من المجموع فى بحث صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبيان الأحاديث الواردة فيها والكلام عليها

وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى صحة الضمان ، وان اختلفوا فى فروع منه على ما بينا فى أقوالهم فى الكتاب ، فإذا ثبت هذا فإنه يقال : ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير كلها بمعنى واحد

ولا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ، ولا بد من رضى الضامن ، فان أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه . لا نعلم فى ذلك خلافا ، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه . ولا يعتبر رضا المضمون له .

وقال أبو حنيفة « يعتبر » لأنه إثبات مال لآدمى فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعندنا كالمذهبين لأصحابنا ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

يصح ضمان الدين عن الميت ، لما روى أبو قتادة قال « أقبل بجنازة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل على صاحبكم من دين فقالوا : عليه ديناران ، قال صلى الله عليه وسلم : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة هما علىّ يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويصح عن الحى لأنه دين لازم فصح ضمانه كالدين على الميت .

(الشرح) الحديث مر تخريجه فى شرح الترجمة .

أما الأحكام : فإنه يصح ضمان الدين عن الميت سواء خلف وفاء بدينه أو لم يخلف ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة . لا يصح الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء بماله أو بضمان ضامن .

دليلنا ما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال . كان النبى صلى الله عليه وسلم يؤتى بالميت وعليه دين فيقول . هل خلف لدينه قضاء ؟ وروى . وفاء ؟ فإذا قيل له . لم يخلف وفاء ، قال للمسلمين . صلوا عليه ، فلما فتح الله عليه الفتوح قال . من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف دينا فعلى قضاؤه ، فضمن النبى صلى الله عليه وسلم القضاء .

وكذلك حديث جابر رضى الله عنه الذى أشرنا إلى تخريجه فى شرح ترجمة هذا الباب ولفظه « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلى على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل . عليه دين ؟ قالوا . نعم ديناران ، قال . صلوا على صاحبكم الحديث ، وهى أحاديث تدل على جواز الضمان عن الميت ، ولأنه لم يكن يمتنع من الصلاة إلا على من مات وعليه دين ولم يخلف وفاء ، ولأن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم رحمة ، والدين يحجبها بدليل ما روى عن أنس رضى الله عنه أنه قال . من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل فإنى شهدت النبى صلى الله عليه وسلم وقد أتى بجنازة فقالوا صل عليها فقال أليس عليه

دين ؟ فقالوا : بلى ، فقال « ما ينفعكم صلاتى عليها وهو مرتهن فى قبره ، فإن ضمنه أحدكم قمت وصليت عليه » .

قال فى البيان : بعد أن ساق هذا الحديث « فكانت صلاتى تنفعه » لأن كل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاء بما عليه ، صح الضمان عنه ، وإن لم يكن له وفاء كالحى .

(فرع) قال أبو على الطبرى رحمه الله : لو قال تكفلت لك بمالك على فلان صح ، وإن قال : أنا به قبيل ، لم يكن صريحا فى الضمان فى أحد الوجهين خلافا لأبى حنيفة ، لأن القبيل بمعنى قابل كالسميع بمعنى سامع وإيجاب الضمان لا يكون موقوفا على قبوله فلم يصح .

وإن قال : إلى دين فلان ، لم يكن صريحاً فى الضمان فى أحد الوجهين خلافا لابى حنيفة . دليلنا : أنه يحتمل قوله إلى بمعنى إذن عنه ، ويحتمل مرجعه إلى بحق أستحقه . ولو قال : خل عن فلان والدين الذى عليه لك عندى ، لم يكن صريحا فى الضمان خلافا لأبى حنيفة ، لان كلمة عندى تستعمل فى غير مضمون كقولهم الوزير عند الامير .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويصح ذلك من كل جائز التصرف فى ماله ، فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه فلا يصح ضمانه ، لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح من الصبي والمجنون والسفيه كالبيع ، ومن حجر عليه للفلس يصح ضمانه . لانه إيجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بثمن فى الذمة . وأما العبد فإنه إن ضمن بغير إذن المولى ففيه وجهان .

قال أبو إسحاق : يصح ضمانه ويتبع به إذا عتق لأنه لا ضرر فيه على المولى لأنه يطالب به بعد العتق ، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله . وقال أبو سعيد الإصطخرى : لا يصح لانه عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح منه بغير إذن المولى كالنكاح ، فإن ضمن بإذن مولاه صح ضمانه ، لان الحجر لحقه فزال بإذنه ، ومن أين يقضي ؟ ينظر فيه ، فان قال له المولي اقضه من كسبك قضاه منه ، وإن قال .

أقضه مما فى يدك للتجارة قضاه منه لأن المال له ، وقد أذن له فيه ، وإن لم يذكر القضاء ففيه وجهان .

(أحدهما) يتبع به إذا أعتق ، لانه أذن فى الضمان دون الاداء .

(والثانى) يقضى من كسبه إن كان له كسب : أو مما فى يده إن كان مأذونا له فى التجارة ، لأن الضمان يقتضى الغرم كما يقتضى النكاح المهر ، ثم اذا أذن له فى النكاح وجب قضاء المهر مما فى يده ، فكذلك اذا أذن له فى الضمان وجب قضاء الغرم مما فى يده ، فان كان على المأذون له دين وقلنا : ان دين الضمان يقضيه مما فى يده . فهل يشارك فيه الغرماء ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يشارك به ، لأن المال للمولى ، وقد أذن له فى القضاء منه ، اما بصريح الإذن ، أو من جهة الحكم ، فوجب المشاركة به .

(والثانى) أنه لا يشارك به ، لان المال تعلق به الغرماء فلا يشارك بمال الضمان كالرهن . وأما المكاتب فانه ضمن بغير اذن المولى فهو كالعبد القن ، وان ضمن بإذنه فهو تبرع ، وفى تبرعات المكاتب بإذن المولى قولان نذكرهما فى المكاتب ان شاء الله تعالى .

(الشرح) الاحكام : يصح الضمان من كل جائز التصرف فى المال ، فأما الصبى والمجنون والسفيه فلا يصح ضمان أحد منهم ، لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح كالبيع ، فقوله بعقد ، احتراز من ايجاب المال عليه بالجناية ، ومن نفقة من تجب عليه نفقته ، والزكاة .

وأما المحجور عليه للإفلاس فيصح ضمانه لأنه ايجاب مال فى الذمة بالعقد فصح من المفلس ، كالشراء بثمن فى ذمته كما مضى فى التفليس .

وأما المرأة فإنه يصح الضمان منها اذا كانت جائزة التصرف . وقال مالك : لا يصح الا أن يكون بإذن زوجها . دليلنا أن كل من لزمه الثمن فى البيع والاجرة فى الإجارة صح ضمانه كالرجل ،

(فرع) ولا يصح الضمان من المبرسم — على مالم يسم فاعله ، والبرسم علة تصيب الاعصاب — الذى لا يعقل لأنه لا حكم لكلامه ، فأما الاخرس فإن لم

يكن له إشارة مفهومة وكناية معقولة أو كتابة مقروءة لم يصح ضمانه ، وإن كانت له إشارة مفهومة وكناية معقوله ، لأنه حصل مع الكناية إشارة مفهومة ، وإلا فالكناية المقروءة تنفرد مكانهما أو مكان النطق ما دام ذلك يؤدى إلى فهم قصده من الضمان على أحد القولين . وإن انفردت إشارته المفهومة بالضمان صح وإن انفردت الكتابة فى الضمان عن إشارة يفهم بها أن قصده الضمان . قال ابن الصباغ لم يصح الضمان ، لأن الكتابة قد تكون عبثاً ، أو تجربة للقلم أو حكاية للخط . فلم يلزمه الضمان بمجردها .

(مسألة) اذا ضمن العبد ديناً لغير سيده فان كان غير مأذون له فى التجارة نظرت ، فان كان بغير اذن سيده فهل يصح ضمانه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لأنه مكلف له قول صحيح ؛ وانما منع من التصرف فيما فيه ضرر على السيد ولا ضرر على السيد فى ضمانه ، فهو كما لو أقر لغيره بمال . فعلى هذا يثبت فى ذمته الى أن يعتق .

(والثانى) لا يصح ، لأنه اثبات مال لآدمى بعقد ، فلم يصح من العبد بغير اذن سيده كالمهر ، فقولنا « لآدمى » احتراز من النذر . وقولنا « بعقد » احتراز من الإقرار لأنه اخبار . ومن الجناية على غير سيده .

وان ضمن بإذن سيده صح لأن المنع منه لحق السيد ، وقد أذن فيه فإن أذن فيه أن يؤديه من كسبه قضاه منه . وان أطلق الاذن ففيه وجهان

(أحدهما) يقضيه من كسبه . كما لو أذن له سيده فى النكاح ، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه .

(والثانى) لا يقضيه من كسبه ، ولكن يتبع به اذا عتق ، لأن السيد انما أذن فى الضمان دون القضاء ، فيعلق ذلك بذمة العبد لأنها محل للضمان ، ويفارق المهر والنفقة يجبان عوضا عن الاستمتاع المعجل ، وكان ما فى مقابلهما معجلا . وحكى أبو على الشيحى وجها آخر أنه يتعلق برقبته — وليس بشىء — وان كان العبد مأذوناً له فى التجارة فلا يخلو اما أن يضمن بإذن السيد أو بغير اذنه ، فإن ضمن بغير إذنه نظرت ، فإن قال : ضمنت لك حتى أؤدى من هذا المال لم يصح الضمان ، لأن السيد انما أذن له فى التجارة فيما ينمى المال لا فيما يتلفه .

وان ضمن له مطلقا فهل يصح ضمانه ؟ على الوجهين فى غير المأذون ، فإذا قلنا لا يصح فلا كلام ، وإن قلنا يصح فإنه لايجوز له أن يقضى مما فى يده من مال التجارة ، ولكن يثبت فى ذمته الى أن يعتق ، وان ضمن باذنه صح الضمان .

فان كان اذن السيد بالضمان مطلقا فمن أين يقضى العبد دين الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) من كسبه أو مما فى يده للتجارة (والثانى) يثبت فى ذمته الى أن يعتق . وان أذن له السيد بالضمان فى المال الذى فى يده فقال: ضمنت الك حقك الذى الك على فلان حتى أؤدى من المال الذى فى يدى صح الضمان ولزمه أن يؤدى من المال الذى فى يده للتجارة لأن المنع منه لأجل السيد ، وقد أذن لجاز

فاذا قال الحر : ضمنت لك دينك على فلان فى هذا المال لم يصح الضمان ، والفرق بينهما أن العبد ضمن الحق فى ذمته . وانما علق الاداء فى مال بعينه ، والحر لم يضمن الحق فى ذمته ، وانما ضمنه فى المال بعينه ، فوزانه أن يقول الحر ضمنت الك دينك على فلان وأزنه من هذا المال فيصح الضمان ، فان كان على المأذون له (العبد) دين يستغرق ما بيده ثم أذن له السيد بالضمان والقضاء مما فى يده من مال التجارة ، أو قلنا يلزمه القضاء منه ، على أحد الوجهين ، فهل يشارك المضمون له الغرماء ، فيه وجهان

(أحدهما) يشاركهم ، لأن المال للسيد ، وقد أذن بالقضاء منه ، اما بصريح القول أو من جهة الحكم

(والثانى) لا يشاركهم ، لأن حقوق أصحاب الديون متعلقة مما فى يده فصار ذلك كالمرهون بحقوقهم ؛ نرى أن السيد لو أراد أخذ ذلك قبل قضاء الغرماء لم يكن له ذلك .

(فرع) وان كان فى ذمة العبد دين فضمن عنه ضامن صح الضمان لأن الدين فى ذمته لازم ، وانما لا يطالب به لعجزه فى حال رقه فصح الضمان عنه كالدين على المعسر . قال الصيمرى : لو ثبت على عبده دين بالمعاملة فضمنه عنه سيده صح ضمانه كالاجنبى

(فرع) وأما المكاتب فانه اذا ضمن دينا على سيده — فان كان بغير اذنه

فهل يصح ؟ فيه وجهان كما قلنا فى غير المكاتب ، وإن قلنا لا يصح فلا كلام ، وان قلنا يصح كان ذلك فى ذمته إلى أن يعتق

وإن ضمن بإذن سيده ، فان قلنا يجوز للمكاتب أن يهب شيئا من ماله بإذن سيده على ما مضى من بياننا لحكمه وإن قلنا لا يجوز للمكاتب أن يهب شيئا لغيره بغير إذن سيده فالذى يقتضى المذهب أن يصح الضمان ويتبع به اذا عتق ، ولا يقضى من المال الذى بيده قبل أداء الكتابة والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه ، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه . واختلف أصحابنا فى رضا المضمون له ، فقال أبو على الطبرى : يعتبر رضاه لأنه إثبات مال فى الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه كالثمن فى البيع

وقال أبو العباس : لا يعتبر ، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحضرة النبى . ولم يعتبر النبى صلى الله عليه وسلم رضا المضمون له

(فصل) وهل يفتقر الى معرفة المضمون له والمضمون عنه . فيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه ، ليعلم أنه هل هو ممن يسدى اليه الجميل ويفتقر الى معرفة المضمون له ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح ، كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال هل يقدر عليه أم لا يقدر عليه (والثانى) أنه يفتقر الى معرفة المضمون له ؛ لأن معاملته معه ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه لأنه لا معاملة بينه وبينه (والثالث) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما لأن أبا قتادة ضمن عن الميت ؛ ولم يسأله النبى صلى الله عليه وسلم عن المضمون له ، والمضمون عنه .

(الشرح) الأحكام : يصح الضمان من غير رضى المضمون عنه ، لأن عليا رضى الله عنه وأبا قتادة رضى الله عنه ضمنا عن الميت بحضرة النبى (ص) . والميت لا يمكن رضاه ، ولأنه لما جاز له أن يقضى الدين بغير اذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير اذنه . وأما المضمون له فهل يعتبر رضاه ؟ فيه وجهان قال أبو على

الطبرى : يعتبر رضاه ، وهو قول أبى حنيفة كما سبق فى شرح ترجمة الباب إلا فى مسألة واحدة ، وهو اذا قال المريض لبعض ورثته اضمن عنى دينا لفلان الغائب فضمن عنه بغير اذن المضمون له وان لم يسم الدين استحسانا ، لأنه اثبات مال لآدمى فلم يصح الا برضاه أو من ينوب عنه كالبيع والشراء له

فقولنا « لآدمى » احتراز كما قلنا من النذر . وقال أبو العباس بن سريج يصح من غير رضاه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، وبه قال أبو يوسف لأن عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما ضمنا الدين بحضرة النبى (ص) بغير رضا المضمون له ولان الضمان وثيقة بالحق فلم يفتقر الى رضا من له الوثيقة « كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وان لم يرض المشهود له .

وأما معرفة الضامن للمضمون له والمضمون عنه فهل يفتقر الى ذلك فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه لا يفتقر الى معرفة واحد منهما ، وانما يضمن بالاسم والنسب ووجهه ضمان أبى قتادة وعلى ، ولم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم هل يعرفان عين المضمون له والمضمون عنه أم لا ، ولو كان الحكم يختلف بذلك لبينه النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة الى معرفة ما سوى ذلك .

(والثانى) أنه لا يصح حتى يعرف الضامن عينهما : لأن معاملته المضمون له فلا بد من معرفته بعينه ليعلم هل هو أهل لأن يسدى اليه الجميل أم لا .

(والثالث) أنه يفتقر الى معرفة عين المضمون له لأن معاملته معه ، ولا يفتقر الى معرفة المضمون عنه ، لأنه لا معاملة بينه وبينه

قال المحاملى فاذا قلنا بهذا افتقر الى قبوله ، فان قبل لزم الضمان وان رد بطل ، وان رجع الضامن قبل قبول المضمون له صح رجوعه

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن ، لم يجز حتى يعين الضامن ، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن ، كما يختلف باختلاف

ما يرد من الرهون : وإن شرط أن يضمنه ثقة لم يجز حتى يعين ، لأن الثقات يتفاوتون ، فان لم يف له بما شرط من الضمين ثبت للبائع الخيار ، لأنه دخل فى العقد بشرط الوثيقة ولم يسلم له الشرط ، فثبت له الخيار ، كما لو شرط له رهنا ولم يف له بالرهن .

وإن شرط أن يُشهد له شاهدين جاز من غير تعيين ، لأن الاغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فان عين له شاهدين فهل يجوز إبدالهما بغيرهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز ، كما لا يجوز فى الضمان (والثانى) يجوز ، لأن الغرض لا يختلف .

(الشرح) الأحكام : إذا باع رجل من غيره شيئا بثمن فى ذمته بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين صح البيع والشرط ، لأن الحاجة تدعو الى شرط الضمين فى عقد البيع ، فان لم يضمن له الضمين المعين ثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع ، لأنه إنما دخل فى البيع بهذا الشرط ، فاذا لم يف له المشترى بالشرط ثبت للبائع الخيار . وان أتاه المشترى بضمين غير الضمين المعين لم يلزم البائع قبوله بل يثبت له الخيار ، وإن كان الذى جاءه به أملأ من المعين ، لأنه قد يكون له غرض فى ضمانه المعين . وان شرط فى البيع أن يضمن له بالثمن معه لم يصح الشرط وبطل البيع لأن الثقات يتفاوتون ، واذا كان الشرط مجهولا بطل البيع

(فرع) وان باعه سلعة بثمن بشرط أن يُشهد له شاهدين جاز من غير تعيين وكان عليه أن يشهد له شاهدين عدلين ، لأن الاغراض لا تختلف باختلاف الشهود ، فاذا لم يشهد له ثبت لصاحبه الخيار فى فسخ البيع ، وان باعه بشرط أن يشهد له شاهدين معينين فأشهد له شاهدين عدلين غير المعينين فهل يسقط خيار الآخر؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزم الآخر قبول ذلك بل يثبت له الخيار فى فسخ البيع . كما قلنا فى الضمين المعين (والثانى) يلزم قبول ذلك ولا خيار له لأنه لا غرض له فى أعيان الشهود اذا حصلت العدالة ، ولهذا قلنا لا بد فى شرط الضمين من تعيينه وفى الشهادة يجوز شرط شاهدين عدلين وان كانا غير معينين . والذى يقتضى

المذهب أن هذا الشرط فى الشهادة يصح أن يكون وثيقة لكل واحد من المتبايعين ويثبت لكل واحد منهما الخيار ، اذا شرط ذلك على الآخر ولم يف الآخر له بذلك ، لأن للبائع غرضا فى الاستيثاق بالشهادة خوفا أن يستحق عليه المبيع فيرجع بالثمن على البائع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويصح ضمان كل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق فصح فى كل دين لازم كالرهن ، وأما مالا يلزم بحال وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه لا يلزم المكاتب أداؤه فلم يلزم ضمانه ، ولأن الضمان يراد لتوثيق الدين ، ودين الكتابة لا يمكن توثيقه ، لأنه يملك إسقاطه إذا شاء فلا معنى لضمانه ، وفى مال الجعالة والثمن فى مدة الخيار ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يصح ضمانه لأنه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة (والثانى) يصح لأنه يؤول الى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن فى مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة لأن عقد البيع يؤول الى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال .

فأما المال المشروط فى السبق والرمى ففيه قولان (أحدهما) أنه كالإجارة فيصح ضمانه (والثانى) أنه كالجعالة فيكون فى ضمانه وجهان

(الشرح) الاحكام قال أصحابنا : الحقوق على أربعة أضرب

(أحدها) حق لازم كالثمن فى الذمة بعد قبض المبيع ، والاجرة فى الذمة بعد انقضاء الإجارة ومال الجعالة بعد العمل ، والمهر بعد الدخول وعوض القرض وقيم المتلفات فهذا يصح ضمانه لأنه دين لازم مستقر

(الضرب الثانى) دين لازم غير مستقر كالمهر قبل الدخول ، وثمن المبيع قبل قبض المبيع والاجرة قبل انقضاء الإجارة ودين السلم ، فهذا يصح ضمانه إجماعا وقال احمد رضى الله عنه فى احدى الروايتين لا يصح ضمان المسلم فيه .

لأنه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم عليه فهو كالحوالة . ودليلنا أنه دين لازم فصح ضمانه كالمهر بعد الدخول

(الضرب الثالث) دين ليس بلازم ولا يئول إلى اللزوم ، وهو دين الكتابة فلا يصح ضمانه لأن المكاتب يملك إسقاطه بتعجيز نفسه فلا معنى لضمانه. ولأن ذمة الضامن فرع لذمة المضمون ، فاذا لم يلزم الاصل لم يلزم الفرع ، ومن حكم الضمان أن يكون لازماً ، وإن كان على المكاتبة دين لأجنبي صح ضمانه لأنه دين لازم عليه ، وإن كان عليه لسيده دين من غير جهة الكتابة فهل يصح ضمانه فيه وجهان (أحدهما) يصح ضمانه لأنه يجبر على أدائه (والثاني) لا يصح ضمانه لأنه قد يعجز نفسه فيسقط ما فى ذمته لسيده

قال العمرانى : وأصلهما الوجهان هل يستدام ثبوت الدين فى ذمته لسيده بعد أن يصير ملكا له ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يستدام ثبوته صح ضمانه ، وإن قلنا : لا يستدام ثبوته لم يصح ضمانه . الضرب الرابع : دين غير لازم إلا أن يؤل إلى اللزوم ، وهو مال الجعالة قبل العمل بأن يقول : من رد ضالتى فله دينار ، فان أضمن عنه غيره ذلك قبل رد الضالة هل يصح ، فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لقوله تعالى : قالوا « نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » فضمن المنادى مال الجعالة ، وحمل البعير معلوم .

(والثانى) لا يصح ، لأنه دين غير لازم فلا يصح ضمانه ، كمال الكتابة ، وممن قال : لم يضمن المنادى ، وإنما أخبر عن الملك أنه بذل لمن رده حمل البعير ، وأن الملك قال : وأنا به زعيم .

وأما ضمان ثمن المبيع فى مدة الخيار فاختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال : فيه وجهان ، كمال الجعالة قبل العمل ، ومنهم من قال يصح ضمانه وجهاً واحداً لأنه يؤل إلى اللزوم ، ولان الثمن قد لزم ، وإنما له إسقاطه بالفسخ بخلاف مال الجعالة ، فإنه لا يلزم بحال .

(فرع) وأما مال السبق والرمى بعد العمل فيصح ضمانه ، لأنه دين لازم

مستقر ، فهو كالمهر بعد الدخول ، وأما قبل العمل فان كان المخرج للسبق أحدهما أو أجنبيا فهل يصح ضمانه : فيه وجهان ، كما فى الجعالة ، وإن كان مال السبق منهما وبينهما محلل ، فان قلنا إن ذلك كالإجارة صح ضمانه ، كضمان الاجرة قبل انقضاء مدة الإجارة ، وإن قلنا : إنها كالجعالة كان فى ضمان المال عنهما : أو عن أحدهما ، وجهان كمال الجعالة .

(فرع) وأما أرش الجناية والدية — فان كان دراهم أو دنانير — مثل أن جنى على عبد أو كانت الابل معدومة ، فأوجبنا قيمتها وكانت معلومة ، أو قلنا يجب ألف مثقال ، أو اثنى عشر ألف درهم صح ضمانها . وإن كان الواجب الابل ، فهل يصح ضمانها ، فيه وجهان ، بناء على القولين فى جواز بيعها .

(فرع) وأما ضمان نفقة الزوجة — فإن ضمن عنه نفقة مدة قد مضت — صح ضمانها ، لأنه دين لازم مستقر فهى كالمهر بعد الدخول ، وإن ضمن عنه نفقة يومه الذى هو فيه صح أيضاً ، لأنه دين لازم فصح ضمانه ، وإن كان غير مستقر كضمان المهر قبل الدخول لم يصح ، وإن ضمن عنه مدة مستقبلة معلومة فهل يصح ؟ فيه قولان بناء على أن النفقة تجب بالعقد أو بالعقد والتمكين من الاستمتاع ، فقال فى القديم : يجب بالعقد ، وإنما يجب استيفاؤها يوما بيوم فعلى هذا يصح أن يضمن نفقة مدة معلومة ، ولكن لا يضمن إلا نفقة المعسر .

وإن كان الزوج وقت الضمان موسراً ، لأن نفقة المعسر متحققة ، وما زاد على ذلك مشكوك فيه .

وقال فى الجديد : لا تجب النفقة إلا بالعقد والتمكين من الاستمتاع ، فعلى هذا لا يصح أن يضمن نفقة مدة مستقبلة بحال .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز ضمان المجهول ، لانه إثبات مال فى الذمة بعقد لآدمى فلم يجز مع الجهالة ، كالثمن فى البيع ؛ وفى إبل الدية وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ضمانه ، لانه مجهول اللون والصفة (والثانى) أنه يجوز

لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع فى اللون والصفة إلى عرف البلد .

(فصل) ولا يصح ضمان مالم يجب ، وهو أن يقول : ما تداين فلان فأنا ضامن له ، لانه وثيقة بحق ، فلا يسبق الحق كالشهادة .

(الشرح) الاحكام : لا يصح ضمان مال مجهول ، وهو أن يقول ضمنت لك ما تستحقه على فلان من الدين ، وهو لا يعلم قدره ، وكذلك لا يصح ضمان مالم يجب ، وهو أن يقول : ضمنت لك ما تداين فلاناً ، وبه قال الليث وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح ضمان المجهول ، وضمان مالم يجب ، وقال أبو العباس بن سريج : وهو قول الشافعى فى القديم كما قال الشافعى فى القديم : يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبلة ، وهذا ضمان مالم يجب ، وضمان مجهول وهو طريقة الخراسانيين أنها على قولين . قال الشيخ أبو حامد خالف سائر أصحابنا ذلك ، وقالوا : لا يصح قولا واحداً ، وماقاله الشافعى رحمه الله فى القديم أنه يصح ضمان نفقة الزوجة مدة مستقبلة ؛ فانما أجازه لان النفقة تجب على هذا بالعقد فقد ضمن ما وجب ، ولا يصح منها إلا ضمان شىء مقدر وليس بمجهول

دليلنا : على أنه لا يصح ضمانها لانه إثبات مال فى الذمة بعقد لازم فلم يصح مع جهله ؛ ولا قبل ثبوته كالثمن فى البيع ، والمهر فى النكاح فقولنا : فى الذمة احتراز ممن غصب من رجل شيئاً مجهولا ، وقولنا بعقد ، احتراز ممن أتلف على غيره مالا أو وطىء امرأة بعقد فاسد ، فان ذلك يثبت فى ذمته مالا ، وإن كان لا يعلم قدره .

(فرع) قال فى الابانة : فلو جهل مقدار الدين إلا أنه قال : ضمنت لك من درهم إلى عشرة . وقلنا لا يصح ضمان المجهول ، فهل يصح هذا ، فيه قولان . (أحدهما) قال : وهو الاشهر : يصح ، لان جملة ما ضمن معلومة (والثانى) وهو الاقيس أنه لا يصح ، لان مقدار الحق مجهول .

(فرع) فأما إذا قال الرجل لغيره ضمنت لك ما تعطى وكيلى وما يأخذ منك فان يلزمه ذلك ، لا من جهة الضمان ، ولكن من جهة التوكيل ، وذلك أن يد الوكيل يد الموكل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط ، لأنه ايجاب مال لآدمى بعقد ، فلم يجز تعليقه على شرط كالبيع . وان قال : ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه صح فاذا ألقاه وجب ماضمنه . لانه استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح . فأشبه اذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف ، وان قال : بع عبـدك من زيد بخمسمائة ولك على خمسمائة أخرى فباعه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح البيع : ويستحق مابذله لانه مال بذله فى مقابلة ازالة الملك فأشبه اذا قال : طلق امرأتك أو أعتق عبدك على ألف .

(والثانى) لا يصح لأنه بذل مال لغرض غير صحيح فلم يجز ، ويخالف مابذله فى الطلاق والعتق ، فان ذلك بذل مال لغرض صحيـح ، وهو تخليص المرأة من الزوج وتخليص العبد من الرق

(الشرح) الاحكام : لا يصح تعليق الضمان على شرط بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت لك دينك على فلان . وحكى المسعودى أن أبا حنيفة قال « يصـح » .

دليلنا أنه إيجاب مال لآدمى بعقد فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع . وقوله لآدمى احتراز من النذر كما سبق تقريره ، وقولنا بعقد احتراز من وجوب النفقة للقريب والزوجة فإنه معلق بشروط

(فرع) إذا قال لغيره فى البحر عند هيجان الموج وخوف الغرق : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه فألقاه ، وجب على المستدعى ضمانه . وقال أبو ثور لا يصح لأنه ضمان ما لم يجب

دليلنا أنه استدعاء إتلاف ملك لغرض صحيح فصح ، كما لو قال : طلق امرأتك بمائة درهم علىّ ، وكان الغرض صحيحا لحسم نزاع أو درء مضارة صح الضمان . وكذا لو قال : اعتق عبدك بمائة علىّ ؛ فإن ذلك غرض صحيح لأن فيه فكا كآ لآدمى من الرق وهو قربة الى الله تعالى ومقصـد من مقاصد الشريعة السمحة ، فان قال لرجل : بع عبدك من زيد بألف وعلىّ لك خمسمائة فباعه . قال الصيدلانى

وقاله فى العقد . فهل يصح العقد ؟ فيه وجهان لأبى العباس بن سريج . أحدهما يصح البيع ويستحق البائع على المشترى خمسمائة وعلى المستدعى خمسمائه ، لأنه مال بذله فى مقابلة إزالة ملكه فيصح

والثانى : لا يصح . ولا يستحق على الباذل شيئا لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشترى ، فإذا شرط بعضه على غيره لم يصح .

وإذا قال بع سيارتك من فلان بألف علىّ إن أذن منه خمسمائة جاز وينظر فان ضمن قبل المبيع لم يلزمه لأنه ضامن قبل الوجوب ، وان ضمنه بعده لزمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـــل) ويجوز أن يضمن الدين الحال الى أجل لأنه رفق ومعروف فكان على حسب مايدخل فيه ، وهل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلا

(والثانى) لا يجوز ، لأن الضمان فرع لما على المضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلا والاصل مؤجلا

(الشرح) الاحكام : اذا كان لرجل على غيره دين حال فضمنه عنه ضامن الى أجل معلوم صح الضمان وكان الدين معجلا على المضمون مؤجلا على الضامن ، لان الضمان رفق ومعروف ، فكان على حسب الشرط ، وكذلك اذا كان الدين مؤجلا الى شهر ، فضمنه عنه ضامن مؤجلا الى شهرين كان مؤجلا على المضمون عنه الى شهر وعلى الضامن الى شهرين ، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على هذا الضامن ؟

فالجواب أن الدين لم يثبت على الضامن حالا ، وانما ثبت عليه مؤجلا ، والدين يتأجل فى ابتداء ثبوته ، وان كان الدين على رجل مؤجلا فضمنه ضامن حالا أو كان مؤجلا على من هو عليه إلى شهرين فضمنه عنه ضامن الى شهر ففيه ثلاثة أوجه حكاها المحاملى وابن الصباغ

(أحدها) يصح الضمان ويلزم الضامن تعجيل الدين دون المضمون عنه لأنه ضمن له دينا بعقد فكان على حسب ما ضمنه ، كما لو ضمن المعجل مؤجلا .

(والثانى) لا يصح الضمان ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه (والثالث) يصح الضمان ولا يلزمه التعجيل كأصله .

إذا ثبت هذا فضمن الحال مؤجلا فمات الضامن ، حل عليه الدين ووجب دفع ذلك من تركته ، ولو لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه حتى يحل الأجل . وقال زفر : يرجعون عليه في الحال ، لأنه أدخله فى ذلك مع علمه أنه يحل بموته .

دليلنا أن المضمون عنه لم يأذن فى الضمان عنه إلا إلى أجل ؛ فلا يستحق الرجوع عليه فى الحال .

وإن مات المضمون عنه — فإن اختار المضمون له الرجوع على الضامن لم يطالبه قبل حلول الأجل ، وإن اختار المطالبة من تركة المضمون عنه كان له ذلك فى الحال ، وبه قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يثبت فى الضمان خيار ، لأن الخيار لدفع الغبن وطلب الحظ ، والضامن يدخل فى العقد على بصيرة أنه مغبون ، وانه لا حظ له فى العقد ، ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة . وآخرها غرامة

(الشرح) الاحكام : لا يجوز شرط الخيار فى الضمان ، فإذا شرط فيه أبطله . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى يصح الضمان ويبطل الشرط .

دليلنا أن الخيار يراد لطالب الحظ ، والضامن يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب . ولهذا يقال الكفالة أولها ندامة ، وأوسطها ملامة وآخرها غرامة ، وإذا ثبت أنه لا وجه لشرط الخيار فيه . قلنا عقد لا يدخله خيار الشرط فأبطله كالصرف والسلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل

بالشرط الفاسد كالبيع ، وان شرط ضمانا فاسدا فى عقد بيع فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان كالقولين فى الرهن الفاسد إذا شرطه فى البيع ، وقد بينا وجه القولين فى الرهن .

(الشرح) الاحكام : يبطل الضمان بالشروط الفاسدة ، لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع وفيه احتراز من الوصية ، فإن قال بعتك سيارتى بألف على أن يضمن لى فلان عليك على أنه بالخيار ، فهذا شرط يفسد الضمان ، وهل يفسد البيع فى السيارة بذلك ، فيه قولان كالقولين فيمن شرط رهنا فاسداً فى بيع ؛ وقد سبق توجيهما فى الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب بالضمان الدين فى ذمة الضامن ولا يسقط عن المضمون عنه . والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال « توفى رجل منا فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم ليصلى عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ، قلنا ديناران فتحملهما أبو قتادة ، ثم قال بعد ذلك بيوم : مافعل الديناران ، قال انما مات أمس ثم أعاد عليه بالغد ؛ قال قد قضيتهما ، قال الآن بردت عليه جلده » ولأنه وثيقة بدين فى الذمة فلا يسقط الدين عن الذمة كالرهن ، ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه ، لأن الدين ثابت فى ذمتهما فكان له مطالبتهما ، فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت فجاز كالضمان الأول ، وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فلا يجوز أن يصير الاصل فرعا والفرع أصلا ، ولأنه يضمن ما فى ذمته ولأنه لا فائدة فى ضمانه وهو ثابت فى ذمته .

(الشرح) حديث جابر رضى الله عنه ولفظه « توفى رجل فغلسناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلى عليه فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين . قلنا ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة ، فأتيناه فقال أبو قتادة الديناران علىّ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أوفى الله حق الغريم وبرىء

منه الميت ، قال نعم . فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ إنما مات أمس . قال فعاد اليه من الغد فقال : قد قضيتهما ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الآن بردت عليه جلده ، رواه أحمد وأبو داود والنسائى والدارقطنى وصححه ابن حبان والحاكم .

وفى قوله « أتينا به النبي صلى الله عليه ، زاد الحاكم « ووضعناه حيث توضع الجنائز عند مقام جبريل عليه السلام »

قوله « فانصرف » لفظ البخارى فى حديث أبي هريرة : فقال النبي صلى الله عليه وسلم « صلوا على صاحبكم » وقد سبق لنا تخريجه . وكذلك حديث سلمة بن الأكوع .

أما الأحكام : فإنه اذا ضمن عن غيره دينا تعلق الدين بذمة الضامن ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأهل العلم . وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور : تبرأ ذمة المضمون عنه بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن ، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة رضى الله عنه : حق الغريم عليك والميت منه برىء . قال نعم ، ولقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه : فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك ودليلنا ما روى جابر رضى الله عنه الحديث الذى سقناه وفيه « الآن بردت عليه جلده » فلو كان قد تحول الدين عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان ، ولأن الضمان وثيقة بدين ، فلم يتحول الى الوثيقة ويسقط عن الذمة كالرهن والشهادة .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم لأبي قتادة رضى الله عنه « والميت منه برىء » يريد به من الرجوع فى تركته . وأما قوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله عنه « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » أراد به لامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه لأجل ما عليه من الدين فلما ضمنهما عنه فك رهانه لصلاة النبي صلى الله عليه وسلم، لأن صلاته رحمة

إذا ثبت هذا فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك : لا يطالب الضامن إلا إذا تعذرت مطالبة

المضمون عنه ، دليلنا أن الحق متعلق بذمة كل واحد منهما ، فكان له مطالبة كل واحد منهما كالضامنين .

(فرع) قال العمرانى فى البيان : فإن ضمن عن الضامن ضامن أجنبى صح الضمان لأنه دين لازم عليه كالضمان الأول ، وان ضمن عن الضامن المضمون عنه لم يصح ضمانه ، لأن الضمان يستفاد به حق المطالبة ، ولا فائدة فى هذا الضمان لأن الحق ثابت فى ذمته قبل الضمان ، ولأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يجوز أن ينقلب الأصل فرعا والفرع أصلا . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن ضمن عن رجل دينا بغير إذنه لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه ؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلم يلزمه تخليصه ، وان ضمن بإذنه نظرت ، فإن طالبه صاحب الحق جاز له مطالبته بتخليصه ، لأنه اذا جاز أن يغرمه اذا غرم جاز أن يطالبه اذا طولب

وإن لم يطالب ففيه وجهان (أحدهما) له أن يطالبه ، لأنه شغل ذمته بالدين بإذنه فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته ، كما لو أعاره عينا ليرهنها فرهنها

(والثانى) ليس له ، وهو الصحيح ، لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب ، ويخالف إذا أعاره عينا ليرهنها فرهنها لأن عليه ضررا فى حبس العين والمنع من التصرف فيها ولا ضرر عليه فى دين فى ذمته لا يطالب به ، فإن دفع المضمون عنه مالا الى الضامن وقال : خذ هذا بدلا عما يجب لك بالقضاء ، ففيه وجهان

(أحدهما) يملكه ، لأن الرجوع يتعلق بسببين : الضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما فجاز تقديمه على الآخر ، كإخراج الزكاة قبل الحول ، وإخراج الكفارة قبل الحنث ، فإن قضى عنه الدين استقر ملكه على ماقبض ، وان أبرىء من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ ، كما يجب رد ما عجل من الزكاة اذا هلك النصاب قبل الحول

(والثانى) لا يملك لأنه أخذه بدلا عما يجب فى الثانى فلا يملكه ، كما لو دفع اليه شيئا عن بيع لم يعقده فعلى هذا يجب رده ، فإن هلك ضمنه لأنه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع

(الشرح) الأحكام: إذا ضمن الرجل ديناً عن رجل آخر بغير إذنه لم يكن للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه فلزمه تخليصه ، وإن ضمن عنه بإذنه ، فإن طالب المضمون له الضامن بالحق كان للضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه لأنه دخل فى الضمان بإذنه ، وإن لم يطالب المضمون له الضامن فهل للضامن أن يطالب عنه ؟ قال الشيخ أبو حامد نظرت فان قال أعطنى المال الذى ضمنته عنك ليكون عندى حتى إذا طالبنى المضمون له أعطيته ذلك ، لم يكن له ذلك ، لأنه لم يغرم

وإن قال خلصنى من حق المضمون له وفك ذمتى من حقه ، كما أوقعتنى فيه فهل له ذلك . فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فكان له مطالبته بتخليصه كما لو استعار كتاباً ايرهنه فرهنه فللمعير أن يطالب المستعير بقضاء الدين وفك الرهن عن الكتاب .

(والثانى) ليس له ذلك ، لأنه إذا لم يطالبه المضمون له ، فلا ضرر عليه فى كون الحق فى ذمته ، فلم يكن له مطالبته بذلك ، ويفارق الكتاب المرهون ، لأن على صاحب الكتاب يقع الضرر فى كون الكتاب مرهونا

قال المسعودى : وأصل هذين الوجهين ما قال ابن سريج : هل ينعقد بين الضامن والمضمون عنه حكم بنفس الضمان . على قولين . ولهذا خمس فوائد . إحداهن هذه المسألة المتقدمة . الثانية : إذا دفع المضمون عنه الى الضامن مال الضمان عوضا عما سيغرم فهل يملكه الضامن . فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأن الرجوع يتعلق بسببين بالضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما لجاز تقديمه على الآخر ، كإخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول : فعلى هذا إذا قضى الحق استقر ملكه على ما قبض ، وان أبرأه من الدين قبل القضاء وجب رد ما أخذ (الثانى) لا يملك ما قبض لأنه أخذه بدلا عما يجب فى الثانى فلا يملكه ،

كما لو دفع اليه شيئا عن بيع لم يعقد ، فعلى هذا يجب رده ، وان تلف ضمنه لانه قبضه على وجه البدل فضمنه كالمقبوض بسوم البيع

(الفائدة الثالثة) لو أبرأ الضامن المضمون عنه عما سيغرم ، هل يصح . على الوجهين .

(الفائدة الرابعة) لو ضمن الضامن ضامنه عن المضمون عنه : هل يصح فيه وجهان ، وعلى قياس هذا اذا رهن المضمون عنه الضامن بما ضمن عنه ، هل يصح . على الوجهين

(الفائدة الخامسة) لو ضمن فى الابتداء بشرط أن يعطيه المضمون عنه ضامنا معينا بما ضمن هل يصح ، على الوجهين

وعلى قياس هذا إذا ضمن عنه باذنه بشرط أن يرهنه رهنا معلوما هل يصح على الوجهين ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قبض المضمون له الحق من المضمون عنه ، برىء الضامن لأنه وثيقة بحق فانحلت بقبض الحق كالرهن ، وان قبضه من الضامن برىء المضمون عنه ، لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الدين ، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن . وان أبرىء المضمون عنه برىء الضامن ، لان الضامن وثيقة بالدين ، فاذا أبرىء من عليه الدين انحلت الوثيقة ، كما ينحل الرهن اذا أبرىء الراهن من الدين ، وان أبرىء الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض ؛ فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن .

(الشرح) الاحكام : اذا قبض المضمون له حقه من المضمون عنه برىء الضامن ، لأن الضمان وثيقة بالحق فانحلت باستيفاء الحق ، كما لو استوفى المرتهن الحق من غير الرهن فان قبض الحق من الضامن برىء المضمون عنه لأنه قبض الحق من الوثيقة فبرىء من عليه الحق كالمرتهن اذا استوفى حقه من ثمن الرهن

وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه ، برىء المضمون عنه وبرىء الضامن ، لأن المضمون عنه أصل والضامن فرع ، فإذا برىء الأصل برىء الفرع .

وإن أبرأ الضامن برىء الضامن ولم يبرأ المضمون عنه كالمرتهن إذا أسقط حقه من الرهن فان الراهن لا يبرأ

قال المسعودى وان قال المضمون له للضامن وهبت الحق منك . أو تصدقت به عليك كان إبراء منه للضامن . وقال أبو حنيفة يكون كما لو استوفى منه الحق .

دليلنا أن الاستيفاء منه هو أن يغرم الضامن ولم يغرم شيئا هنا

(فرع) وإن ضمن عن الضامن ثم ضمن عن الثانى ثالث ثم رابع عن الثالث صح ذلك ، فاذا قبض المضمون له الحق حقه من أحدهم برىء الجميع ، لأنه قد استوفى حقه . وإن أبرأ المضمون له المضمون أولا برئوا جميعاً ، وإن أبرأ أحد الضمناء برىء وبرىء فرعه وفرع فرعه ، ولا يبرأ أصله ، لما ذكرناه فى المسألة قبلها ، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه . وأى الضامنين قضى الحق برىء الباقون من المضمون له لأنه حق واحد . وبهذا كله قال أصحاب أحمد ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان قضى الضامن الدين نظرت ، فان ضمن باذن المضمون عنه وقضى باذنه رجع عليه ، لانه أذن له فى الضمان والقضاء ، وإن ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه لم يرجع لانه تبرع بالقضاء فلم يرجع ، وان ضمن بغير اذنه وقضى باذنه ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال يرجع لانه قضى باذنه ، والثانى لا يرجع وهو المذهب ، لانه لزمه بغير اذنه فلم يؤثر اذنه فى قضائه ، وان ضمن باذنه وقضى بغير اذنه فالمنصوص أنه يرجع عليه ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لانه اشتغلت ذمته بالدين باذنه فاذا استوفى منه رجع ، كما لو أعاره مالا فرهنه فى دينه وبيع فى الدين

وقال أبو إسحاق ان أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لانه قضاه باختياره . وان لم

يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره ، وان أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً .
وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه وقلنا يصح برىء الضامن ، لأن بالحوالة تحول ما ضمن ، ولا يرجع على المضمون عنه ، لأنه لم يغرم ، فان قبضه منه ثم وهبه له ، فهل يرجع على الضامن ، فيه وجهان بناء على القولين فى المرأة اذا وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول .

(فصل) وان دفع الضامن الى المضمون له ثوبا عن الدين فى موضع يثبت له الرجوع رجع بأقل الأمرين من قيمة الثوب أو قدر الدين ، فان كان قيمة الثوب عشرة والدين عشرين لم يرجع بما زاد على العشرة ، لأنه لم يغرم ، وان كان قيمة الثوب عشرين والدين عشرة لم يرجع بما زاد على العشرة لأنه تبرع بما زاد فلا يرجع به ، وان كان الدين الذى ضمنه مؤجلا فعجل قضاءه لم يرجع به قبل المحل لأنه تبرع بالتعجيل

(الشرح) الاحكام : اذا قضى الضامن الحق فهل يرجع على المضمون عنه .
فيه أربع مسائل
إن قال اضمن عنى هذا الدين أو أنقد عنى رجع عليه ، وان قال اضمن هذا الدين أو أنقد هذا الدين ولم يقل عنى لم يرجع عليه ، الا أن يكون بينهما خلطة .
مثل أن يكون يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما من الآخر ، أو يكون ذا قرابة أو مصاهرة فالاستحسان أن يرجع عليه .
دليلنا انه ضمن عنه بأمره ، وقضى عنه بأمره ، فرجع عليه ، كما لو قال اضمن عنى أو كان بينهما قرابة
(الثانية) أن يضمن عنه بغير أمره ويقضى عنه بغير اذنه فانه لا يرجع عليه وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما له أن يرجع
دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يصلى على من عليه دين ، وقد ضمن على وأبو قتادة عن الميتين بحضرة النبى صلى الله عليه بغير اذنهما فصلى عليهما النبى صلى الله عليه وسلم ، ولان النبى صلى الله عليه وسلم قال لابى قتادة « الآن بردت

عليه جلده ، فلو كان اذا قضى عنه يستحق عليه الرجوع لم يبرد عليه جلده ، ولانه ضمن عنه بغير اذنه وقضى عنه بغير اذنه فلم يرجع . كما لو علف دوابه أو أطعم خادمه .

(الثالثة) اذا ضمن بغير اذنه ثم قضى باذنه فهل يرجع عليه ، فيه وجهان أحدهما لا يرجع عليه وهو المذهب ، لانه لزمه بغير اذنه وأمره بالقضاء انصرف الى ما وجب عليه بالضمان ، والثانى يرجع عليه لانه أدى عنه بأمره فرجع عليه كما لو ضمن عنه باذنه . وأصل هذين الوجهين من قال لغيره ، اقض عنى دينى ، فقضى عنه فهل له أن يرجع عليه . فيه وجهان

قال المسعودى والصيمرى الا أن الاصح ههنا أن يرجع ، والاصح فى الاولى أن لا يرجع ، والفرق بينهما أن فى الضمان وجب فى ذمته بغير اذنه ، وفى القضاء لم يتعلق الحق بذمته ، بل حصل القضاء باذنه . وان قال اقض الدين ولم يقل عنى فان قلنا لا يرجع عليه فها هنا أولى أن لا يرجع ، وان قلنا هناك يرجع فها هنا فيه وجهان حكاهما الصيمرى الصحيح لا يرجع

وان قال اقض عنى دينى لترجع علىّ فقضى عنه رجع عليه وجها واحداً لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم »

وان قال اقض عن فلان دينه فقضى عنه : قال المسعودى لم يرجع عليه وجها واحدا لانه لا غرض عليه فى ذلك

(الرابعة) اذا ضمن عنه بأمره وقضى بغير أمره ، فهل له أن يرجع عليه ، فيه ثلاثة أوجه — حكاها الشيخ أبو حامد —

(أحدها) يرجع عليه وهو المذهب ، لانه دين لازم باذنه ، فرجع عليه كما لو ضمن باذنه وقضى باذنه

(والثانى) لا يرجع عليه لانه أسقط الدين عنه بغير اذنه فلم يرجع عليه . كما لو ضمن بغير اذنه وقضى بغير اذنه

(والثالث) وهو قول أبى اسحاق ان كان الضامن مضطرا الى القضاء مثل أن طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع الضامن لانه مضطر الى القضاء . وان كان غير مضطر الى القضاء ، مثل أن كان

المضمون عنه حاضراً موسراً يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان ، فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء ، وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه ، فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فانه يرجع على المضمون عنه فى الحال ، لان الحوالة كالقبض

وإن أحاله على من لا حق له عليه وقبل المحال عليه — وقلنا يصح برىء الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشىء فى الحال لأنه لم يغرم شيئا ، فان قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه على الضامن رجع الضامن على المضمون عنه

وان أبرأ المحتال المحال عليه من مال الحوالة لم يرجع المحال عليه على المحيل وهو الضامن بشىء ، ولم يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يغرم واحد منهما شيئا . وان قبض المحتال الحق من المحال عليه ثم وهبه منه ؛ أو قبض المضمون له الحق من الضامن ثم وهبه منه فهل لهما الرجوع . فيه وجهان ، بناء على القولين فى المرأة إذا وهبت صداقها من الزوج ثم طلقها قبل الدخول

(فرع) اذا كان لرجل على رجلين ألف دينار على كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فلمن له الدين أن يطالب بالألف من شاء منهما ؛ فان قبض من أحدهما ألفاً برئا جميعا ، وكان للدافع أن يرجع على صاحبه بخمسمائة ان ضمن باذنه وقضى باذنه .

وان قبض من أحدهما خمسمائة ، فان قال الدافع خذها عن التى علىّ لك أصلا لم يرجع الدافع على صاحبه بشىء ، وان قال خذها عن التى ضمنت برئا عنها وكان رجوعه على صاحبه على ما مضى

وان دفعها اليه وأطلق ، فاختلف الدافع والقابض فقال الدافع دفعتها وعينتها عن التى ضمنتها أو نويتها عنها ، وقال المضمون له بل عينتها أو نويتها عن التى هى أصل عليك ، فالقول قول الدافع مع يمينه لانه أعلم بقوله ونيته

وان اتفقا أنه لم يعينها عن أحدهما ولا نواها : ثم اختلفا فى جهة صرفها ، ففيه وجهان (أحدهما) يصرف اليهما نصفين

(والثانى) للدافع أن يصرفها الى أيهما شاء . وقد مضى دليل الوجهين فى الرهن . وان أبرأه المضمون له عن خمسمائة واختلفا فيها وقعت عليه البراءة . ففى هذه المسائل القول قول المضمون له فيما أبرأ عنه اذا اختلفا فى تعيينه أو نيته وان أطلق ففيه وجهان (أحدهما) ينصرف اليهما (والثانى) يعينه المضمون له فيما شاء .

(فرع) اذا ضمن عن غيره ألف درهم . قال العمرانى فى البيان وكانت هذه الالف مكسرة فدفع اليه ألفاً صحاحا فى موضع يثبت له الرجوع على المضمون عنه فانه لا يرجع عليه بالصحاح لانه تطوع بتسليمها وانما يرجع بالمكسرة ، قال وان ضمن عنه الف درهم صحاحا فدفع ألفاً مكسرة لم يرجع الا بالمكسرة لانه لم يغرم غيرها ، وان صالح الضامن عن الالف على ثوب ففيه وجهان

(أحدهما) وهو المشهور أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الامرين من قيمة الثوب أو الالف ، لانه ان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لأنه لم يغرم غير ذلك . وان كانت قيمة الثوب أقل لم يرجع بما زاد عليه لأنه لم يغرم غير ذلك ، وان كانت قيمة الثوب أكثر من الالف لم يرجع بما زاد على الالف لأنه متطوع بالزيادة عليه

والوجه الثانى حكاه المسعودى والشيخ أبو نصر المروذى أنه يرجع بالالف وهو قول أبى حنيفة رحمه الله ، كما لو اشترى رجل شقصا بألف ثم أعطاه من الالف ثوبا يساوى خمسمائة فان المشترى يرجع على الشفيع بألف

وأما اذا صالح الضامن المضمون له عن الالف على خمسمائة وقلنا يصح . فان الضامن والمضمون عنه يسقط عنهما الالف كما لو أخذ بالالف ثوبا يساوى خمسمائة . قال المسعودى ولا يرجع الضامن على المضمون عنه الا بخمسمائة وجها واحداً ، لانه لم يغرم غيرها

(فرع) اذا كان على مسلم لذمى ألف درهم فضمن عنه ذمى ، ثم ان الضامن صالح المضمون له عن الدين الذى ضمنه على المسلم على خمر أو خنزير . فهل يصح الصلح . فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح ولا يبرأ واحد منهما عن حق المضمون له لأنه متصل بحق المسلم.

(والثاني) يصح لأن المعاملة بين ذمتين، فإذا قلنا بهذا فبماذا يرجع الضامن على المسلم، إن قلنا إنه إذا صالحه على ثوب يرجع عليه بأقل الأمرين، لم يرجع ها هنا بشيء، وان قلنا يرجع بالألف رجع ها هنا فيها أيضا

(فرع) إذا ضمن عن غيره ديناً مؤجلا بإذنه ثم إن الضامن عجل الدين المضمون له قبل أجله لم يرجع على المضمون عنه قبل حلول الأجل لتطوعه بالتأجيل، فاذا ضمن رجل صداق امرأة وأداه اليها الضامن فارتدت قبل الدخول سقط مهرها.

قال المسعودي: وترد المرأة ما قبضت من الصداق الى الزوج ثم ترده الى الضامن

(فرع) إذا ضمن رجل عن غيره ألف درهم بإذنه، ثم ادعى الضامن أنه دفعها إلى المضمون له وأنكر المضمون له ذلك ولم يكن هناك بينة فالقول قول المضمون له مع يمينه. لأن الأصل عدم القبض، فاذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء، لأن حقه ثابت فى ذمتهما، فإن أخذ الألف من المضمون عنه برئت ذمته وذمة الضامن. وهل للضامن أن يرجع بالالف الاولى على المضمون عنه لا يخلو إما أن يكون دفع بغير محضر المضمون أو بمحضره. فان دفع بغير محضره فلا يخلو إما أن يشهد على الدفع أو لم يشهد على الدفع، فان لم يشهد نظرت فى المضمون عنه، فان صدق الضامن أنه دفع، فهل له الرجوع عليه. فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة إنه يرجع عليه لأنه قد صدقه أنه أبرأ ذمته بدفع الألف فكان له الرجوع عليه. كما لو كان دفع بحضرته

(والثانى) وهو قول أبى إسحاق انه لا يرجع عليه بشيء وهو المشهور. ولم يذكر الشيخ أبو حامد الاسفراييني غيره، لأنه يقول: إن دفعت فلم تدفع دفعا يبرئني من حقه، لأنك لم تسقط عني بذلك المطالبة، فلم تستحق علي بذلك رجوعا.

قال صاحب البيان: ويخالف إذا كان بحضرته. فان المفرط هو المضمون عنه، وإن كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين. إن قلنا لو صدقه كان له الرجوع

كان على المضمون عنه أن يحلف أنه مايعلم أنه دفع . وإن قلنا لو صدقه لارجوع له عليه ، فلا يمين عليه .

وان اختار المضمون له أن يرجع على الضامن فيرجع عليه برئت ذمة المضمون عنه والضامن ، وهل للضامن ان يرجع عن المضمون عنه إذا صدقه فى دفع الأولة . ان قلنا بقول أبى على بن أبى هريرة ان للضامن أن يرجع بالاولة على المضمون عنه اذا رجع المضمون له على المضمون عنه رجع الضامن ههنا بالالف الاولة على المضمون عنه ، ولا يرجع عليه بالثانية لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وان قلنا بالشهود وأنه لايرجع عليه فى الاولة فهل يرجع ها هنا بشىء . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا يرجع عليه بشىء . أما الاولة فقد ذكرنا الدليل عليها . وأما الثانية فلا يرجع بها ، لأنه يعترف أن المضمون له ظلم بأخذها ، فلا يرجع بها على غير من ظلمه .

(والثانى) يرجع عليه ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهراً وباطنا فكان له الرجوع عليه كما لو دفع بالبينة ، فاذا قلنا بهذا فبأيتهما يرجع . فيه ثلاثة أوجه

أحدها وهو قول أبى حامد الاسفرايينى أنه يرجع عليه بالثانية . لان المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها فى الظاهر

والثانى يرجع بالاولة لأن براءة الذمة حصلت بها فى الباطن

والثالث وهو قول ابن الصباغ : أنه يرجع بأقلهما لأنه ان كان قد ادعى أنه دفع فى المرة الاولة ثوباً قيمته دون الالف وفى الثانية دفع الالف ، فقد أقر بأن الثانية ظلمه بها المضمون له فلا يرجع بها على غير من ظلمه ، وان كان يدعى أنه دفع فى المرة الاولة ألف درهم ، وفى المرة الثانية ثوباً قيمته دون الالف لم يرجع الا بقيمة الثوب ، لانه لم يستحق الرجوع بالاولة فلم يستحق الا قيمة الثوب .
فان كان الضامن حين دفع الالف الاولة بغير محضر المضمون عنه قد أشهد على

الدفع ، فان كانت البينة قائمة حكم بها على المضمون له ولم يقبل يمينه ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه

وإن كانت البينة غير قائمة وصدقه المضمون له أنه قد دفع وأشهد نظرت ، فان كان قد أشهد شاهدين عدلين إلا أنهما غابا أو ماتا أو فسقا . فان المضمون له اذا حلف كان له أن يرجع على أيهما شاء ، فإن رجع على المضمون عنه كان للضامن أن يرجع أيضا على المضمون عنه بالألف التي قد دفعها عنه ، لأنه قد اعترف أنه دفع عنه دفعا يبرئه ولا صنع له فى تعذر الشهادة . وان رجع المضمون له على الضامن لم يرجع بالثانية لأنه ظلمه بها ، وإنما يرجع بالاولة لما ذكرناه وان أشهد شاهدين كافرين أو فاسقين ظاهرين الفسق فهو كما لو لم يشهد ، هل له أن يرجع على المضمون عنه . على الوجهين ، إذا صدقه على الدفع ولم يشهد على مامضى فى الاولة من التفريع .

وان أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ثم بان أنهما كانا فاسقين ففيه وجهان

(أحدهما) يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرط فى الإشهاد ، وليس عليه المعرفة فى الباطن ، فعلى هذا حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم ماتا

(والثانى) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لانه أشهد من لا يثبت الحقوق بشهادته وان أشهد شاهدا واحدا عدلا حرا ، فان كان موجودا حلف معه ، وكان كما لو أشهد عدلين وحكم بشهادتهما . وان كان ميتا أو غائبا أو طرأ الفسق عليه . ففيه وجهان .

(أحدهما) حكمه حكم ما لو أشهد عدلين ثم فسقا لأنه دفع بحجته ، وإنما عدمت كالشاهدين

(والثانى) حكمه حكم ما لو لم يشهد ، لأنه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف فى قبولها ؛ فهو كما لو لم يشهد .

وأما اذا دفع الضامن الالف الاولة بحضرة من المضمون عنه : فان أشهد على الدفع فان كانت البينة قائمة أقامها وحكم بها ، وان كانت غير قائمة فعلى مامضى وان لم يشهد لحلف المضمون له رجع على من يشاء منهما . وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه ، فيه وجهان . من أصحابنا من قال : حكمه حكم ما لو لم

يشهد ، فكان الدفع بعينه المضمون عنه على ما مضى ، لأنه فرط فى ترك الإشهاد فصـار الدفع بعينه المضمون عنه . لأنه فرط فى ترك الإشهاد فصار كما لو دفع فى عين المضمون عنه .

(والثانى) وهو المنصوص أنه يرجع عليه ، لأن المفرط فى ترك الإشهـاد هو المضمون عنه .

وإن ادعى الضامن أنه دفع الحق الى المضمون له فأنكر ذلك المضمون له . والمضمون عنه . ولم تكن هناك بينة فالقول قول المضـمون له مع يمينه ، فان لم يحلف ردت اليمين على الضامن ، فان حلف بنينا على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه . فإن قلنا إنه كالبينة برىء الضامن والمضمون عنه من دين المضمون له . وكان للضامن أن يرجع على المضـمون عنه

وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه ، فهو كما لو صـدق المضـمون له الضـامن على الدفع ، وأنكر المضمون عنه الدفع ، فانه لا مطالبة للمضمون له على أحدهما ، لأنه قد استقر باستيفاء الحق

وهل للضامن أن يرجع بشىء على المضـمون عنه . فيه وجهان لابى العباس ابن سريج (أحدهما) القول قول المضـمون عنه مع يمينه ، ولا يرجع الضـامن عليه بشىء ، لأن الضـامن يدعى القضاء ليرجع ، فلم يقبل ، لأن الاصل عدمه ، والمضمون له يشهد على فعل نفسه فلم يقبل

(والثانى) يرجع الضـامن على المضمون عنه ، لأن قبض المضمون له يثبت مرة بالبينة ومرة بالإقرار ، ولو ثبت القبض بالبينة لرجع عليه . وكذلك اذا ثبت بالإقرار ، والله تبارك وتعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) ويصح ضمان الدرك على المنصوص ، وخرج أبو العباس قولا آخر أنه لا يصح لانه ضمان ما يستحق من المبيع . وذلك مجهول . والصحيح أنه يصح قولا واحداً ، لان الحاجة داعية اليه لانه يسلم الثمن ولا يأمن أن يستحق عليه المبيع ، ولا يمكنه أن يأخذ على الثمن رهنا ، لان البائع لا يعطيه مع المبيع

رهنا ولا يمكنه أن يستوثق بالشهادة ، لأنه قد يفلس البائع فلا تنفعه الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق به غير الضمان ، ولا يمكن أن يجعل القـدر الذى يستحق معلوما فعفى عن الجهالة فيه ، كما عفى عن الجهل بأساس الحيطان . ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن يعلم قدر الدين ثم يضمنه ، وفى وقت ضمانه وجهان

(أحدهما) لا يصح حتى يقبض البائع الثمن ، لأنه قبل أن يقبض ما وجب له شىء ؛ وضمان ما لم يجب لا يصح

(والثانى) يصح قبل قبض الثمن ، لأن الحاجة داعية الى هذا الضمان فى عقد البيع فجاز قبل قبض الثمن . وإن اشترى جارية وضمن دركها فخرج بعضها مستحقا فان قلنا إن البيع يصح فى الباقى رجع بثمن ما استحق ، وإن قلنا يبطل البيع فى الجميع رجع على الضـــامن بثمن ما استحق ، وهل يرجع عليه بثمن الباقى . فيه وجهان (أحـدهما) يرجع عليه ، لأنه بطل البيع فيه لأجل الاستحقاق ، فضمن كالمستحق .

(والثانى) لا يرجع لأنه لم يضمن إلا ما يستحق فلم يضمن ما سواه ، وإن ضمن الدرك فوجد بالمبيع عيبا فرده ، فهل يرجع على الضامن بالثمن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع ، وهو قول المزنى وأبى العباس ، لأنه زال ملكه عنه بأمر حادث فلم يرجع عليه بالثمن ، كما لو كان شقصا فأخذه الشفيع

(والثانى) يرجع لأنه رجع اليه الثمن بمعنى قارن العقـد ، فثبت له الرجوع على الضامن ، كما لو خرج مستحقاً ، وإن وجد به العيب وقد حدث عنده عيب فهل يرجع بأرش العيب ؟ على ما ذكرناه من الوجهين

(الشرح) قوله « الدرك » التبعة بفتح الراء وسكونها ، قال فى الصحاح : يقال ما لحقك من درك فعلى خلاصه

أما الاحكام : فإنه يصح ضمان العهد على المنصوص فى الأم ، وهو أن يشترى رجل عينا بثمن فى ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن ان خرج المبيع مستحقا ، وخرج أبو العباس بن سريج قولا آخر أنه لا يصح وبه قال ابن القاص ، لانه ضمان ما لم يجب ، ولأنه ضمان مجهول لأنه لا يعلم هل يستحق المبيع أو بعضه .

والصحيح أنه يصح ، لان البائع لا يعطيه مع المبيع رهنا ، والشهادة لا تفيد لأن البائع قد يفلس فلا تفيد الشهادة ، فلم يبق ما يستوثق المشترى به غير الضمان

وأما قول ابن القاص انه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول فغير صحيح ، لأنه ان لم يكن المبيع مستحقا فلا ضمان أصلا ، وان كان مستحقا فقد ضمن الحق بعد وجوبه ، وانما صح الضمان ها هنا مع جهالة ما يستحقه المشترى ، لأن الحاجة تدعو الى ذلك .

وقال أبو يوسف : اذا ضمن له العهد كان ضامنا لنكبات الابتياع . وهذا ليس بصحيح ، لأن العرف قد صار فى العهد عبارة من الدرك وضمان الثمن فانصرف الإطلاق اليه ، فإذا قلنا يصح ضمان العهد صح بعد قبض الثمن وجها واحدا ، لانه ضمان الحق بعد وجوبه ، وهل يصح ضمانه قبل أن يقبض البائع الثمن ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يصح لأن الحاجة تدعو الى هذا الضمان قبل قبض الثمن ، كما تدعو اليه بعد قبضه .

(والثانى) ولم يذكر ابن الصباغ غيره : أنه لا يصح لانه ضمان الحق قبل وجوبه . فلم يصح

قال ابن الصباغ : وألفاظه أن يقول : ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه ، أو يقول للمشترى ضمنت خلاصك منه ، أو يقول : متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن ، فإن قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لان التقدير على ذلك متى خرج مستحقا . قال ابن سريج : لا يضمن درك المبيع إلا أحمق . إذا ثبت هذا فإنه اذا ضمن له عهدة دار اشتراها أو خلاصها فاستحقت رجع بالثمن على الضامن ، ان شاء الخلاص الحال يسلم اليه ، فتأول أصحابنا ذلك تأويلين

(أحدهما) أنه أراد خلاصك به (والثانى) أنه أراد وخلاصها ، وقد جاءت (أو) بمعنى الواو . قال تعالى « وأرسلناه الى مائة ألف أو يزيدون » وقال تعالى « ولا تطع منهم آثما أو كفورا »

وأما (ما) فتكتب فى الوثائق : ضمن فلان البائع لفلان بن فلان المشترى

قيمة ما أحدث فى المبيع من غراس أو بناء وغير ذلك اذا خرج مستحقا .

قال أصحابنا : فان هذا ضمان باطل بلا خلاف على المذهب . لأنه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول ، فان قيد ذلك وقال : من درهم الى ألف لم يصح ، لأنه ضمان ما لم يجب .

وقال أبو حنيفة رحمه الله يصح ضمان هذا مع العهدة بناء على أصله ما لم يجب وقد مضى ذكره ؛ فإن ضمن خلاص المبيع أو ضمن قيمة ما يحدث فى المبيع من بناء أو غراس ، فإن كان فى غير عقد البيع نظرت ، فان أفرد ذلك عن ضمان العهدة لم يبطل البيع ولا ضمان العهدة ، بل يبطل ضمان خلاص المبيع وضمان ما يحدث فيه من بناء أو غراس ، وإن قرنه مع ضمان العهدة بطل خلاص المبيع وما يحدث فيه ، وهل يبطل ضمان العهدة ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فى تفريق الصفقة .

وإن شرط ذلك فى البيع بأن قال : بعنى هذه الارض بمائة دينار بشرط أن يضمن لى فلان خلاصها ، وقيمة ما أحدثته فيها من بناء أو غراس إذا استحققت فقال بعتك . أو كان هذا الشرط فى زمان الخيار فسد البيع لأنه بيع بشرط فاسد قال الشيخ أبو حامد: ويجىء فيه قول آخر أنه لا يبطل البيع اذا شرط ضمان قيمة ما يحدث فى الارض — كما قلنا فيمن شرط رهنا فاسداً فى البيع — والاول أصح

(فرع) إذا ضمن رجل لرجل العهدة واستحق جميع المبيع على المضمون له وقد دفع الثمن الى البائع فالمشترى بالخيار ان شاء طالب البائع بالثمن ، وان شاء طالب به الضامن . وإن خرج بعضه مستحقا بطل البيع فيما خرج منه مستحقا وكان للمشترى أن يطالب الضامن بثمن القدر الذى خرج منه مستحقا ، وهل يبطل البيع فى الباقى ؟ فيه قولان ، فإذا قلنا يبطل البيع أو قلنا لا يبطل إلا أن المشترى اختار فسخ البيع فيه . فهل للمشترى أن يرجع بثمن ذلك القدر على الضامن ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يرجع عليه ، لأنه ثبت له بسبب الاستحقاق

(والثانى) لا يرجع عليه ، لأنه لم يضمن إلا ثمن ما استحق ، فهذا ثمن ما لم يستحق ، وإنما بطل البيع فيه لأنه لا يفرق الصفقة ، وبفسخه المشترى ،

وان وجد المشترى بالمبيع عيبا فرده فهل له أن يطالب الضامن بالثمن . قال أصحابنا ان قال الضامن ضمنت لك درك ما يلحقك فى المبيع . أو ضمنت لك درك المبيع لكل عيب تجد فيه ، فله أن يرجع بالثمن على الضامن وجهاً واحداً ، وكذلك إن حدث عند المشترى عيب وقد وجد به عيبا فله أن يرجع بالارش على الضامن ، لأن ضمانه يقتضى ذلك

وإن ضمن درك المبيع أو عهدته لا غير : فهل له أن يرجع بالثمن على الضامن اذا وجد به عيبا . أو بالارش إن حدث عنده عيب آخر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يرجع عليه بالثمن ، لان الثمن رجع اليه بمعنى قارن عقد البيع بتفريط من البائع فرجع به على الضامن كما لو استحق المبيع (والثانى) لا يرجع به عليه بل يرجع به على البائع وهو قول المزنى وأبى العباس بن سريج ، لأنه زال ملكه عن المبيع بغير الاستحقاق فلم يرجع بالثمن على الضامن ، كما لو كان المبيع شقصا فأخذه الشفيع

(فرع) فان ضمن العهدة فبان أن البيع كان باطلا بغير الاستحقاق فهل للمشترى ان يرجع بالثمن على الضامن . فيه وجهان حكاهما فى الإبانة

(أحدهما) يرجع به عليه ، لأنه رجع اليه الثمن لمعنى قارن عقد البيع ، فصار كما لو استحق .

(والثانى) لا يرجع عليه به لأنه يمكنه أن يمسك العين المبيعة إلا أن يسترجع ما دفع من الثمن ، فلم يرجع به على الضامن ؛ بخلاف ما لو استحق المبيع فى يد البائع قبل القبض أو فسخ المبيع ، أو كان شقصا فأخذه الشفيع بالشفعة ، فإن المشترى لا يرجع بالثمن على الضامن ، لأن الثمن رجع اليه بمعنى حادث بعد العقد ولم يضمن الضامن الا الثمن عند استحقاق المبيع

(فرع) قال المسعودى: لو اشترى رجل شيئا بثمن وسلمه وضمن رجل للبائع نقصان الوزن أو رداءة الثمن ، فخرج الثمن ناقصاً أو رديئا أو معيبا فله أن يطالب الضامن بما نقص من الثمن ، وله أن يرد الردىء والمعيب على المشترى ويطالب الضامن بالثمن ، اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز كفالة البدن على المنصوص فى الكتب ، وقال فى الدعاوى والبينات : إن كفالة البدن ضعيفة ، فن أصحابنا من قال : تصح قولا واحداً ، وقوله : ضعيفة أراد من جهة القياس ، ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : أنها لا تصح ، لأنه ضمان عين فى الذمة بعقد فلم يصح كالسلم فى ثمرة نخلة بعينها . والثانى : يصح ، وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعى عن حارثة ابن مضرب قال صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال : أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما فى نفسى على أحد احنة وانى كنت استطرقت رجلا من بنى حنيفة ، وكان أمرنى أن آتيه بغلس فانتهيت إلى مسجد بنى حنيفة ، مسجد عبد الله بن النواحة ؛ فسمعت مؤذنهم يشهد أن لا إله إلا الله ، وأن مسيلمة رسول الله ، فكذبت سمعى وكففت فرسى حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك فقال عبدالله بن مسعود ، علىّ بعبد الله ابن النواحة ، فحضر واعترف ، فقال له عبد الله : أين ما كنت تقرأ من القرآن قال : كنت أتقيكم به ، فقال له : تب فأبى ، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فى بقية القوم ، فقال عدى بن حاتم : ثؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه .

وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس استتبهم فان تابوا كفلهم عشائرهم فاستتابهم فتابوا ، وكفلهم عشائرهم ، ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين ، فإن قلنا : تصح جازت الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور فى مجلس الحكم بدين ، لأنه حق لازم لآدمى فصحت الكفالة به كالدين ، وإن كان عليه حد فإن كان لله تعالى لم تصح الكفالة به ، لان الكفالة للاستيثاق وحق الله تعالى مبنى على الدرء والاسقاط ؛ فلم يجز الاستيثاق بمن عليه ، وإن كان قصاصا أو حد قذف ففيه وجهان .

(أحدهما) لا تصح ، لأنه لا تصح الكفالة بما عليه فلم تصح الكفالة به

كمن عليه حد لله تعالى . والثانى : تصح لأنه حق لآدمى فجازت الكفالة ببدن من عليه كالدين . ومن عليه دين غير لازم كالمكاتب لا تجوز الكفالة ببدنه ، لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

(الشرح) حديث أبى إسحاق السبيعى أخرجه أبو داود من طريق حارثة بن مضرب —وهو بتشديد الراء المكسورة— العبدى الكوفى ، وهو ثقة من الطبقة الثانية ، وقد غلط من نقل عن المدينى أنه تركه . هكذا فى التهذيب لابن حجر : أنه أتى عبد الله بن مسعود فقال « ما بينى وبين أحد من العرب حنة ، وإنى مررت بمسجد لبنى حنيفة فإذا هم يؤمنون بمسيلمة ، فأرسل اليهم عبد الله فجىء بهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لولا أنك رسول لضربت عنقك ، فأنت اليوم لست برسول ، فأمر قرظة بن كعب فضرب عنقه فى السوق ، ثم قال : من أراد أن ينظر إلى ابن النواحة قتيلا فى السوق »

وترجع قصة بن النواحة هذا إلى أيام النبى صلى الله عليه وسلم حين أرسله مسيلمة مع آخر هو بن أثال — بضم الهمزة بعدها مثلثة — فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتشهدان أنى رسول الله . قالا نشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : آمنت بالله ورسوله ، ولو كنت قاتلا رسولا لقتلتكما . قال عبد الله : فمضت السنة أن الرسل لا تقتل رواه أحمد وأبو داود . والحاكم والنسائى مختصراً من حديث عبد الله بن مسعود ، وليس فى رواية من الروايات أن ابن النواحة قد أسلم ، وإنما كان هناك من الصحابة عندما أعلن مسيلمة أكذوبته من انضم اليه وارتد عن الإسلام ؛ مع أنه كان من حفظة القرآن هو الفقيه الخوان الاثيم ، القارىء للقرآن الرجال بن عنفوة . وقد كان على مقدمة جيش مسيلمة حين هاجمهم المسلمون بقيادة خالد بن الوليد ، وقد قتل فى هذه المعركة وعجل الله به الى النار

أما ابن النواحة فعله كان قد أسلم ثم ارتد مع مسيلمة ثم ظل على ولائه لمسيلمة عصبية جاهلية لأنهم كانوا يقولون : كذاب ، ربيعة خير من صادق مضر

فلما لم يقتل النبي صلى الله عليه وسلم الرسولين وفيهما ابن النواحة . وبعد حروب الردة ذهب عبد الله بن مسعود يستطرق لفرسه ذكراً من بني حنيفة . وقد اتفق مع صاحب الفرس الذكر أن يأتيه بغلس فانتهى إلى مسجد القوم وكان الذي بناه عبد الله بن النواحة ، فسمع المؤذن يشهد لمسيلمة بالرسالة ، حتى إذا استيقن عبد الله من هذه المداجاة المذهلة واستوضحه فاعترف ، وكان رأى الصحابة الذين استشارهم أن ثؤلول كفر — والثؤلول بضم الثاء وإسكان الهمزة والثآليل أورام خبيثة تظهر كالدرن في الجسم - قد أطلع رأسه ويجب أن يحسم

قوله : عدى بن حاتم الطائي ؛ وكان ممن ثبت على الإسلام في الردة وحضر فتوح العراق ، وحارب مع علي ومات سنة ثمان وستين ، وكان أبوه مضرب المثل في الكرم .

قوله : جرير بن عبد الله هو ابن جابر البجلي صحابي مشهور ويكنى أبا عمرو ، ويقال له : الشليل بن مالك من ولد انمار بن نزار ، ولم يختلف النسابون أن بجيلة أمهم نسبوا اليها ، وهي بجيلة بنت صعب ، وكان جرير سيد قبيلته ، وكان إسلامه في العام الذي توفى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد قال هو عن نفسه انه أسلم قبل موت النبي صلى الله عليه وسلم بأربعين يوما . وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا أتاكم كريم قوم فأكرموه . وفي جرير قال الشاعر :

لولا جرير هلكت بجيله   نِعم الفتى وبئست القبيلة

فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : ما مُدِح من هُجي قومه . وكان عمر يقول : جرير بن الله يوسف هذه الأمة ، يعني في حسنه . وكان جرير رسول علي بن أبي طالب إلى معاوية لحبسه مدة طويلة . روى عنه أنس بن مالك وقيس ابن أبي حازم وهمام بن الحارث والشعبي . وروى عنه بنوه عبيد الله والمنذر وابراهيم . وأما الأشعث بن قيس فقد ساق نسبه ابن منده وأبو نعيم هكذا : الأشعث بن قيس بن معديكرب بن معاوية بن ثعلبة بن عدي بن ربيعة الكندي وكنيته أبو محمد .

وفد الى النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر من الهجرة في وفد كنده وكانوا

ستين راكبا فأسلموا . وقال الأشعث لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت منا فقال « نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفو أمنا ولا ننتفي من أبينا » فكان الأشعث يقول : لا أوتى بأحد ينفي قريشاً من النضر بن كنانة إلا جلدته

ولما أسلم خطب أم فروة أخت أبي بكر الصديق رضى الله عنه ثم عاد الى اليمن شهد اليرموك وفقئت عينه ، ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند ، وسكن الكوفة وشهد صفين مع علي ، وكان ممن ألزم علياً بالتحكيم ، وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على أذربيجان وكان الحسن بن علي تزوج ابنته . فقيل هي التي دست السم له فمات منه . روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث وروى عنه قيس بن أبي حازم وأبو وائل .

وقد نزل في الأشعث بن قيس قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا » الآية . لأنه خاصم رجلا في بئر ، توفي سنة ثنتين وأربعين وصلى عليه الحسن بن علي .

وقال ابن منده : هذا وهم ، لأن الحسن لم يكن بالكوفة ، وإنما كان قد سلم الأمر الى معاوية ثم رجع الى المدينة . ولكن أبا نعيم يؤكد أنه توفي بعد علي بأربعين ليلة وصلى عليه الحسن .

أما أحكام الفصل : فان المنصوص للشافعي رضى الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح

وقال في الدعوى والبينات : كفالة الوجه عندي ضعيف . واختلف أصحابنا فيه ، فنهم من قال تصح الكفالة بالبدن قولا واحداً ، وقوله في الدعوى والبينات ضعيف ، يريد في القياس ، وهو قوى في الأثر . وذهب المزني وأبو إسحاق الى أن المسألة على قولين (أحدهما) لا يصح لأن الكفالة بعين فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد ، ولأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها .

فقوله « في الذمة » احتراز من البائع فانه يضمن العين المبيعة في يده لا في ذمته فلو تلفت قبل القبض لم يضمنها في ذمته

وقوله « بعقد » احتراز من الغاصب ، فإنه يضمن العين المغصوبة في يده وفي ذمته

والقول الثاني : أن الكفالة بالبدن صحيحة ، وهو قول شريح والشعبي ومالك وأبي حنيفة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن وأحمد رضى الله عنهم . وهو الصحيح لقوله تعالى « فخذ أحدنا مكانه إنا نراك من المحسنين » ولحديث عبد الله ابن مسعود الذى استشار في الذين كانوا يضجون في مسجدهم بمسيلمة استشار أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأشار عليه جرير بن عبد الله والأشعث ابن قيس أن يستتابوا ويتكفل بهم عشائرهم ، فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائرهم فدل على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم ؛ إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك : وان كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعا تصح فيه الكفالة بالبدن ، إلا أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين

فإذا قلنا لا تصح الكفالة بالبدن فلا تفريع عليه . وإذا قلنا تصح ، فإنما تصح ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين ، لأنه لازم فصحت الكفالة ببدن من عليه كالدين .

(فرع) وأما الكفالة ببدن من عليه جلد . فان كان لله تعالى كحد الزنا وحد شرب الخمر وما أشبههما لم يصح لمعنيين (أحدهما) أنه لما لم تصح الكفالة بما عليه من الحق لم تصح الكفالة ببدن من عليه

(والثانى) لا ، لأن الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات . وإن كان الحد للآدمى كحد القذف والقصاص ، فهل تصح الكفالة ببدن من عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تصح ، لأنها لا تصح الكفالة بما عليه من الحق . فلم تصح الكفالة ببدنه . كمن عليه حد الزنا

(والثانى) تصح الكفالة ببدنه لأن عليه حقا لآدمى فصحت الكفالة ببدنه ، كما لو كان له عليه دين

(فرع) وان تكفل ببدن مكاتب السيدة لأجل مال الكتابة لم يصح ، لأن الحق الذى عليه غير لازم له فلم تصح الكفالة . قال ابن الصباغ : وان تكفل ببدن صبي أو مجنون صحت الكفالة لأن الحق يجب عليهما ، وقد يحتاج الى

إحضارهما للشهادة عليهما الإتلاف . وان رهن رجل شيئا ولم يسلمه فتكفل رجل عليه بتسليمه لم يصح ، لأن تسليمه غير لازم له فلم تصح الكفالة به . وان ادعى على رجل حقا فأنكره جازت الكفالة ببدنه ؛ لأن عليه حق الحضور ، والكفالة واقعة على إحضاره .

(فرع) إذا قال رجل لرجل : تكفل بفلان لفلان ففعل كانت الكفالة لازمة على الذى باشر الكفالة دون الآمر ، لأن المتكفل فعل ذلك باختياره . والأمر بذلك حث على المعروف . وهكذا فى الضمان مثله . والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وإن كان عليه دين مجهول ففيه وجهان ، قال أبو العباس : لا تصح الكفالة ببدنه لأنه قد يموت المكفول به فيلزمه الدين ، فإذا كان مجهولا لم تمكن المطالبة (والثانى) أنه تصح ، وهو المذهب ، لأن الكفالة بالبدن لا تعلق لها بالدين .

﴿ فصل ﴾ وتصح الكفالة ببدن الكفيل كما يصح ضمان الدين عن الضمين

(الشرح) الاحكام : اذا تكفل ببدن رجل لرجل له عليه دين فمات المكفول به بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين ، وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه وأبو العباس بن سريج : يلزم الكفيل ما كان على المكفول به من الدين المكفول له ، لأن الكفالة وثيقة بالحق ؛ فاذا تعذر الحق من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن

دليلنا أنه تكفل ببدنه لا بدينه فلم يلزمه ما عليه من الدين ، كما لو غاب ، ويفارق الرهن لأنه علق به الدين فاستوفى منه وها هنا لم يتكفل إلا بإحضاره . وقد تعذر إحضاره بموته . فاذا قلنا بالمذهب صحت الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل ، وإن قلنا بقول أبى العباس لم تصح الكفالة ببدن من عليه دين مجهول عند الكفيل

(فرع) وان تكفل ببدن رجل وشرط أنه متى لم يحضر فعليه الحق الذى عليه

أو قال عليّ كذا وكذا لم تصح الكفالة ولم يجب عليه المال المضمون به ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ان لم يحضره عليه المال

دليلنا أن هـذا حظر فلم يجز تعليق الضمان عليه ، كما لو قال : إن جاء المطر فأنا ضامن ببدنه ، وإن قال تكفلت لك ببدن زيد عليّ إن جئت به ، وإلا فأنا كفيل لك ببدن عمرو لم يصح ، لأنه لم يلتزم بإحضار أحدهما فصار كما لو تكفل بأحدهما لا بعينه ، وإن تكفل ببدن رجل بشرط الخيار لم تصح الكفالة . وقال أبو حنيفة يفسد الشرط وتصح الكفالة

دليلنا أنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار ، فإذا شرط فيه الخيار أفسـده كالصرف ، ولو أقر رجل فقال إنما تكفلت لك ببدن فلان على أن لى الخيـار . ففيه قولان .

(أحدهما) يقبل إقراره فى الجميع فيحكم ببطلان الكفالة ، كما لو قال له عليّ ألف درهم إلا خمسمائة

(والثانى) يقبل إقراره فى الكفالة ولا يقبل فى أنه كان بشرط الخيار . لانه وصل إقراره بما يسقط فلم يصح ، كما لو قال له عليّ ألف درهم إلا ألف درهم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وتجوز الكفالة حالا ومؤجلا ، كما يجوز ضمان الدين حالا ومؤجلا وهل يجوز الى أجل مجهول . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه تبرع من غير عوض ، فجاز فى المجهول كاباحة الطعام

(والثانى) لا يجوز لأنه إثبات حق فى الذمة لآدمى فلا يجوز الى أجل مجهول كالبيع ، ويخالف الإباحة فانه لو أباحه أحد الطعامين جاز ، ولو تكفل ببدن أحد الرجلين لم يجز .

(الشرح) الاحكام . اذا تكفل ببدن رجل نظرت ، فان شرط احضاره حالا لزمه إحضاره فى الحال ، كما لو تكفل ببدنه وأطلق اقتضى ذلك إحضاره فى الحال كما قلنا فيمن باع بثمن وأطلق فان ذلك يقتضى الحلول ، وان تكفل ببدنه الى أجل معلوم صحت الكفالة ، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك ، كما اذا ضمن الدين الى أجل معلوم .

وإن تكفل ببدنه إلى أجل مجهول فهل يصح ، فيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، كما تصح العارية إلى أجل مجهول .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه إثبات حق فى الذمة لآدمى فلم يصح إلى أجل مجهول . كضمان المال . ويخالف العارية فإنها لا تلزم ، ولهذا لو أعاره إلى مدة كان له الرجوع فيها قبل انقضائها ، ولو تكفل له ببدنه إلى أجل معلوم لم تكن له المطالبة به قبل حلول الأجل ، ولأن العارية تجوز من غير تعيين ، ولهذا لو قال : أعرتك أحد هذين الكتابين جاز ، ولو قال تكفلت لك ببدن أحد هذين الرجلين لم يجز والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وتجوز الكفالة به ليسلم فى مكان معين . وتجوز مطلقاً ، فإن أطلق وجب التسليم فى موضع العقد ، كما تجوز حالا ومؤجلا . وإذا أطلق وجب التسليم فى حال العقد .

﴿ الشرح ﴾ الأحكام : وتجوز الكفالة ببدن رجل ليسلمه فى مكان معين ؛ كما يصح السلم بشرط أن يسلم المسلم فيه فى موضع معين ، وتجوز الكفالة ببدن رجل وإن لم يذكر موضع التسليم ، فعلى هذا فى موضع العقد ، كما تصح الكفالة بالبدن حالا ومؤجلا ، وإذا أطلق اقتضى الحلول ، فإذا تكفل له ببدن رجل ليسلمه اليه فى موضع معين ، فسلمه اليه فى غير ذلك البلد لم يلزم المكفول له قبوله لأن عليه مشقة فى تسلمه فى غير ذلك البلد ، وقد يكون له غرض بتسليمه فى ذلك البلد ، وإن تكفل له ببدنه ليسلمه فى موضع معين من البلد ، بأن يقول فى مجلس القاضى أو فى مسجده سلمه اليه فى ذلك البلد فى غير ذلك الموضع المعين فهل يلزمه قبوله ؟ فيه وجهان لأبى العباس بن سريج .

(أحدهما) لا يلزمه قبوله ، كما لو سلمه فى غير ذلك البلد .

(والثانى) يلزمه قبوله ، لأن العادة أنه لا مؤنة عليه فى نقله من موضع فى البلد إلى موضع فيه والله الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول به ، لأنه إذا تكفل به من غير اذنه لم يقدر على تسليمه ، ومن أصحابنا من قال . تصح كما تصح الكفالة بالدين من غير اذن من عليه الدين .

(الشرح) الاحكام : اذا تكفل ببدن رجل بإذن المكفول به صحت الكفالة فإذا سأل المكفول له الكفيل احضار المكفول به وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه يكفل به بإذنه ، وان لم يطالبه المكفول له ، فقال الكفيل للمكفول به احضر معى لأردك الى المكفول له لتبرىء ذمتى من الكفالة ، كان عليه أن يحضر معه ، لانه قد تعلق عليه احضاره بأمره ، فلزمه تخليصه منه .

وان تكفل رجل لرجل ببدن رجل بغير اذن المكفول به ، فهل يصح ، فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : لا يصح ، لان المقصود بالكفالة بالبدن احضار المكفول به عند المطالبة . فإذا كان ذلك بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه فلا تفيد الكفالة شيئاً . فعلى هذا اذا تكفل ببدن صبي أو مجنون لم يصح ذلك الا باذن وليه . لان الصبى والمجنون لا اذن لهما .

وقال أبو العباس بن سريج : تصح الكفالة بالبدن من غير اذن المكفول به كما يصح الضمان عليه بالدين من غير اذنه . قال أبو العباس : فعلى هذا اذا قال المكفول له للكفيل : أحضر المكفول به ، وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور ، فاذا طالبه وجب على المكفول به الحضور من غير جهة الكفالة ، ولكن لان صاحب الحق قد وكل الكفيل باحضاره .

وان قال المكفول له للكفيل : أخرج الىّ من كفالتك ، أو رد علىّ كفالتى ، فهل يلزم المكفول به الحضور ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمه . لان ذلك يتضمن الإذن فى احضاره . فهو كما وكله باحضاره (والثانى) لا يلزمه الحضور . لانه انما طالبه بما عليه من الاحضار . قال أبو العباس : فعلى هذا للمكفول له حبس

الكفيل ، قال ابن الصباغ : وهذا يدل عندى على فساد ما قاله ، لأنه يحبس على مالا يقدر عليه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن تكفل بعضو منه ، ففيه ثلاثة أوجه :
(أحدها) أنه يصح لأن فى تسليمه تسليم جميعه .
(والثانى) لا تجوز ، لأن إفراد العضو بالعقد لا يصح ، وتسريته إلى الباقى لا تمكن : لأنه لا سراية له فبطلت .
(والثالث) إن كان العضو لا يبقى البدن دونه كالرأس والقلب جاز ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بتسليم البدن ، وإن كان عضواً يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع فيبرأ مع بقائه .

(الشرح) الأحكام : إذا تكفل بعضو رجل كيده أو رجله أو رأسه أو بجزء مشاع منه كنصفه ، أو ثلثه ، أو ربعه ، فيه ثلاثة أوجه :
(أحدها) يصح لأنه لا يمكن تسليم نصفه أو ثلثه الا بتسليم جميع البدن ، ولا يسلم اليد والرجل الا على هيئتها عند الكفالة ، وذلك لا يمكن الا بتسليم جميعه (والثانى) وهو قول القاضى أبى الطيب ، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد : أنه لا يصح لان مالا يسرى اذا خص به عضو أو جزء مشاع لم يصح كالبيع منه ، والإجارة والوصية ، وفيه احتراز من العتق والطلاق .
(والثالث) ان تكفل بما لا يبقى البدن الا به كالرأس والقلب والكبد ، والنصف والثلث ، لانه لا يمكن تسليم ذلك الا بتسليم جميع البدن ، وان تكفل بما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح ، لأنه قد يقطع منه ويبقى البدن ، ولا فائدة فى تسليمه وحده . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان أحضر المكفول به قبل المحل أو فى غير الموضع الذى شرط فيه التسليم ، فإن كان عليه فى قبوله ضرر أو له فى رده غرض ، لم يلزم قبوله ،

وان لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض وجب قبوله ، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ كما قلنا في دين السلم . وان أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ ، لان التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل ، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه ؛ وان سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم لان حبس الحاكم ليس بحائل ، ويمكن احضاره ومطالبته بما عليه من الحق .

وان حضر المكفول به بنفسه ، وسلم نفسه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا أدى المضمون عنه الدين ، وان غاب المكفول به الى موضع لا يعرف خبره ، لم يطالب به ، وان غاب الى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضى زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء ، لان ما لزم تسليمه لم يلزم الا بامكان التسليم ، فان مضى زمان الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل الى أن يحضره ، فان أبرأه المكفول له من الكفالة برىء كما يبرأ الضامن اذا أبرأه المضمون له ، فان جاء رجل وقال أبرىء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به ، ففيه وجهان ،

قال أبو العباس : يصح ، لأنه نقل الضمان الى نفسه فصار كما لو ضمن رجل مالا فأحال الضامن المضمون له على آخر . وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الطبرى رحمهما الله لا يصح لانه تكفل بشرط أن يبرأ الكفيل . وذلك شرط فاسد فمنع صحة العقد .

وان تكفل ببدن رجل لنفسين ، فسلمه الى أحدهما لم يبرأ من حق الآخر . لانه ضمن تسليمين فلم يبرأ بأحدهما ، كما لو ضمن لهما دينين فأدى دين أحدهما وان تكفل اثنان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما ، فقد قال شيخنا القاضى أبو الطيب رحمه الله : انه لا يبرأ الاخر ، لأنه لو أبرىء أحدهما لم يبرأ الاخر فاذا سلمه أحدهما لم يبرأ الاخر ، وعندى أنه يبرأ ، لان المستحق احضاره وقد حصل فبرئا ، كما لو ضمن رجلان ديناً فأداه أحدهما . ويخالف الإبراء فان الإبراء يخالف للأداء ؛ والدليل عليه أن في ضمان المال لو أبرىء أحد الضامنين لم يبرأ الآخر ، ولو أدى أحد الضامنين برىء .

(الشرح) الأحكام : اذا تكفل ببدن ليحضره الى أجل ، فأحضره الكفيل قبل الأجل — فإن قبل المكفول له — برىء الكفيل ، وإن امتنع المكفول له من القبول نظرت ، فإن كان عليه فى قبوله ضرر ، بأن كان حقه مؤجلا ، أو كان حقه حالا إلاأن له بينة غائبة فإنه لا يلزمه قبوله لان عليه ضررا فى قبوله فإن امتنع من تسلمه . قال الشيخ أبو حامد رفعه الكفيل إلى الحاكم وسلمه اليه ليبرأ وإن لم يجد حاكما أحضر شاهدين يشهدان بتسليمه أو امتناع المكفول له

وذكر القاضى أبو الطيب أنه يشهد على امتناعه رجلين . قال ابن الصباغ وهـذا أقيس لأنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره ، وإن أحضره الكفيل وهناك يد سلطان لا يقدر عليه يمنع منه لم يبرأ الكفيل بذلك ، لأن المستحق تسليمه من غير حائل ، وإن سـلمه وهو فى حبس الحاكم لزمه تسليمه ، لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقه ، فإن كان حقه قد ثبت عليه بالبينة وطلب إحضاره ، فإن الحاكم يحضره ليحكم بينهما ، فان ثبت عليه حق وطلب حبسه فان الحاكم يحبسه به وبالحق الأول

فإذا سقط حق أحدهما لم يجز تخليته الا بعد سقوط حق الآخر ، وإن جاء المكفول به الى المكفول له وسلم نفسه اليه برىء الكفيل كما يبرأ الضامن اذا دفع المضمون عنه مال الضمانة .

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب : أو حبس بحق لزم الكفيل احضاره فيخرج الى دار الحرب لإحضاره ؛ والمحبوس يمكنه أن يقضى عنه الحق ويطلق من الحبس

(فرع) اذا غاب المكفول به نظرت ، فان كانت غيبته الى موضع معلوم فعلى الكفيل أن يحضره ، فاذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب اليه والمجىء به ، ولم يأت به حبسه الحاكم ، هذا قولنا

وقال ابن شبرمة : يحبس فى الحال ، لأن حقه قد توجه عليه ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الحق وان كان قد حل ؛ فانه يعتبر فيه امكان التسليم ، وانما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك ، وان كان غائبا غيبة منقطعة ، لا يعلم مكانه

لم يطالب الكفيل باحضاره ، وان أبرأ المكفول له المكفول به من الحق برىء المكفول به كما قلنا فى المضمون له اذا أبرأ الضامن

(فرع) اذا تكفل ببدن رجل ثم جاء رجل الى المكفول له وقال تكفلت لك ببدن فلان المكفول به على أن تبرىء فلانا الكفيل ففيه وجهان . قال أبو العباس تصح كفالة الثانى ويبرأ الاول ، لأن الثانى قد حول الكفالة الى نفسه فبرىء الاول كما لو كان له حق فاحتال به على آخر

قال الشيخ أبو حامد ، والقاضى أبو الطيب لا تصح الكفالة الثانية . ولا يبرأ الاول لأن الكفالة والضمان لا يحول الحق ؛ فكفالة الثانى لا تبرىء الأول من كفالته ؛ واذا لم يبرأ الاول فلم يتكفل به الثانى الا بهذا الشرط ، واذا لم يصح الشرط لم تصح الكفالة

(فرع) وان تكفل ببدن رجل لرجلين بعقد فرد على أحدهما برىء من حقه ولم يبرأ من حق الآخر حتى يرد عليه ، لأن العقد مع اثنين بمنزلة العقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما بعقد منفرد ، وان تكفل رجلان لرجل ببدن رجل فأحضره أحدهما الى المكفول له برىء الذى أحضره ، وهل يبرأ الكفيل الآخر فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول المزنى والشيخ أبى اسحاق أنه يبرأ كما لو ضمن رجلان لرجل دينا على رجل فأداه أحدهما . فان الآخر يبرأ

(والثانى) وهو قول أبى العباس والشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب وابن الصباغ أنه لا يبرأ الآخر ، لأن الحق باق لم يسقط ، والكفيلان وثيقتان فلا تنفك احدى الوثيقتين بانفكاك الأخرى . كما لو كان الحق مرهونا فانفك أحدهما مع بقاء الحق فانه لا ينفك الباقى منهما ، ويفارق اذا قضى أحد الضامنين المال المضمون به . فان الحق هناك قد سقط . فانفكت الوثيقة . وههنا الحق لم يسقط .

(فرع) اذا تكفل رجل لرجل ببدن رجل فقال المكفول له مالى قبل المكفول به حق . قال أبو العباس . ففيه وجهان

(أحدهما) يبرأ المكفول به عما عليه . وتبطل الكفالة لأن قوله لا حق لى قبله نفى فى سياق نكرة فاقتضى العموم

(والثانى) يرجع اليه . فإن قال : أردت به لا شيء لى عليه بطلت الكفالة ، ويبرىء المكفول .

وان قال : أردت به لا حق لى عليه من عارية أو وديعة ، وصدقه الكفيل والمكفول به قبل قوله ، وان كذباه أو أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأنه أعلم بنيته ، وان قال لا حق لى فى ذمته ولا فى يده برئا جميعاً ، قيل الشيخ أبى حامد : فإذا كان لرجل على رجـــل دين ، فقال : لا حق لى قبله . فقال : هو على هذين الوجهين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تكفل ببدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل . وقال أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين لأنه وثيقة ، فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفى الدين منها كالرهن ، والمذهب الأول ، لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه .

(فصل) وان تكفل بعين نظرت ، فان كان أمانة كالوديعة لم يصح ، لأنه اذا لم يجب ضمانها على من هى عنده ، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى ، وان كان عينا مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان ، بناء على القولين فى كفالة البدن . فان قلنا انها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان

(أحدهما) يجب عليه ضمانها (والثانى) لا يجب ، وقال الشيخ أبو حامد لا يجوز بناء ذلك على كفالة البدن ، فان البدن لو تلف لم يضمن بدله ، ولو هلكت العين ضمنها .

(الشرح) الاحكام . اذا تكفل رجل ببدن رجل لرجل فأبرأ المكفول له الكفيل ثم رآه ملازماً له فقال له خل عنه وأنا على ما كنت عليه من الكفالة ، أو على مثل ما كنت عليه ، قال أبو العباس بن سريج : صحت كفالته لأنه إما أن يكون هذا إخباراً عن كفالته ، أو إقراراً به ، أو ابتداء كفالة فى الحال ، وأيها كانت فوجب أن يصح ،

وإن تكفل رجل ببدن رجل ، ورابع بالثالث : فيصح الجميع ، فان أحضر المكفول به الأول نفسه أو أحضره الكفيل برىء جميع الكفلاء . وإن مات المكفول به الذى عليه الدين برىء الكفلاء على المذهب ، فان مات الكفيل الأول برىء جميع الكفلاء . وان مات الكفيل الثانى برىء الثالث والرابع . وان مات الثالث برىء الرابع ولم يبرأ الأولون . وإن مات الرابع بطلت كفالته وحده وحكم البراءة حكم الموت ، وان المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شىء وبهذا قال شريح والشعبى وحماد بن أبى سليمان وأبو حنيفة وأحمد

وقال الحكم ومالك والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه

وحكى ذلك عن ابن شريح ، لأن الكفيل وثيقة بحق ، فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب .

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبرىء الكفيل ، كما لو برىء من الدين ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرىء الفرع ، كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه ، وفارق ما إذا غاب ، فان الحضور لم يسقط عنه ، ويفارق الرهن فانه عاق به المال فاستوفى منه

{ فرع }

إذا ضمن الرجل فى مرض موته عن غيره ديناً ، فإن ذلك معتبر من ثلث ماله لأنه تبرع ، فهو كما لو ذهب لغيره مالا

إذا ثبت هذا : فإذا ضمن رجل فى مرض موته عن غيره تسعين درهما بإذنه ومات الضامن . وخلف تسعين درهما لا غير ومات المضمون عنه ، ولا يملك غير خمسة وأربعين درهما ، فان طالب المضمون له بحقه من تركة الضامن وقع فى هذه المسألة دور ، والعمل فيه أن يقول : يذهب بالضمان من التسعين شىء ، ولكنه يرجع اليهم نصف شىء ، لأن ما خلفه المضمون عنه مثل نصف تركة الضامن فيعلم أنه ما ذهب عنهم بالضمان إلا نصف شىء ، ويجب أن تكون هذه التسعون إلا نصف شىء الباقية معهم تعدل شيئاً كاملا مثلى ما ذهب عنهم بالضمان فاجبر التسعين بنصف الشىء الناقص عنها ، ثم رده على الشىء الكامل ، فيكون تسعون تعدل شيئاً ونصف شىء الشىء ، ثلثاها وهو ستون ، فيأخذ المضمون ستين من تركة الضامن ، ويستحق ورثة الضامن الرجوع فى تركة المضمون عنه بها ، لأن الضمان باذنه ويبقى المضمون له من دينه ثلاثون ، فيرجع بها فى تركة المضمون عنه وتركته أقل من ذلك فيقاسم المضمون له ورثة الضامن الخمسة والأربعين على قدر حقهم ، فيكون لورثة الضامن ثلثاها ، وهو ثلاثون ، والمضمون له ثلثها ، وهو خمسة عشر ، فيجتمع لورثة الضامن ستون ، وخرج منهم بالضمان ثلاثون ، فقد بقى معهم مثلا ما خرج عنهم .

فاذا تقرر هذا : وعرف ما يستحقه المضمون له من تركة الضامن بالعمل فهو بالخيار ، إن شاء فعل ماذكرناه ، وإن شاء أخذ من ورثة الضامن خمسة وسبعين ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه ، فان كانت بحالها إلا أن المضمون عنه خلف ثلاثين درهما لا غير ، فالعمل فيه يخرج من التسعين شىء بالضمان ، ويرجع اليهم ثلث شىء ، لأن تركة المضمون له ثلث تركة الضامن ، فيبقى مع ورثة الضامن تسعون إلا ثلثى شىء يعدل شيئاً وثلث شىء .

فاذا أجبرت التسعون عدلت شيئين الشىء نصفها وهو خمسة وأربعون ، فيأخذها من تركة الضامن ويرجع المضمون له وورثة الضامن فى تركة المضمون عنه بنصفين لاستواء حقهما فيرجع الى ورثة الضامن خمسة عشر فيجتمع لهم ستون ، وخرج منهم ثلاثون ، ويجتمع للمضمون له ستون ؛ ويسقط من دينه

ثلاثون ؛ فإن شاء فعل ما ذكرناه ، وإن شاء أخذ الستين كلها من تركة الضامن ورجع ورثة الضامن بجميع تركة المضمون عنه ، وإن شاء المضمون له أخذ جميع تركة المضمون عنه وهو ثلاثون ، وأخذ من تركة الضامن ثلثها ، وهو ثلاثون ، ويبقى لهم ستون مثلا ما خرج منهم ، فإن خلف المضمون عنه ستين فإن المضمون له لا ينقص شيء من دينه ههنا ، والعمل فيه على قياس ما مضى والله تبارك وتعالى المستعان .

(مسألة)

إذا ادعى رجل على رجل حاضر أنه ابتاع منه هو ورجل غائب سيارة بألف دينار على كل واحد منهما خمسمائة ، وقبضاه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فان أقر الحاضر بذلك لزمه أن يدفع إلى المدعى ألفاً ، فإذا قدم الغائب فإن صدق الحاضر رجع عليه الحاضر بما قضى عنه ، وهو خمسمائة ، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه ، فإذا حلف سقط حق الحاضر ، وإن أنكر الحاضر المدعى فانه لم يكن للمدعى بينة ، فالقول قول الحاضر مع يمينه . فاذا حلف سقطت عنه المطالبة .

فاذا قدم الغائب فادعى عليه البائع ـ فان أنكره ـ حلف له أيضاً ولا كلام وإن أقر بما ادعاه عليهما لزم القادم الخمسمائة التى أقر أنه اشترى هو بها . وهل يلزمه الخمسمائة التى أقر أن شريكه أنه اشترى بها وضمن هو عليه ؟ فيه وجهان . قال القاضى أبو الطيب : لا يلزمه لأنا قد حكمنا بسقوطها عن الحاضر بيمينه .

وقال ابن الصباغ : يلزم القادم لأن اليمين لم تبرئه من الثمن ، وإنما سقطت عنه المطالبة فى الظاهر ، فاذا أقر أنه الضامن لزمه ، ولهذا لو أقام بينة عليه بعد يمينه لزمه الثمن ، ولزم الضامن فثبت أن الحق لم يسقط عن الحاضر وعن الغائب .

فاذا أقام المدعى بينة على الحاضر بأنهما اشتريا منه السيارة بألف وقبضاها وضمن كل واحد منهما عن صاحبه الخمسمائة فللمدعى أن يطالب الحاضر بجميع الألف ، لأن البينة قد شهدت عليه بذلك ، وهل للحاضر أن يرجع بنصفها على الغائب إذا قدم ؟ نقل المزنى أنه يرجع بالنصف على الغائب . واختلف أصحابنا

فى ذلك ، فنهم من قال : لا يرجع عليه بشىء ؛ ولم يذكر ابن الصباغ غيره . لأنه منكر لما شهدت له البينة ، مقر أن المدعى ظالم له فلا يرجع على عين من ظلمه ، ومن قال بهذا تأول مانقله المزنى أربع تأويلات .

(أحدها) يحتمل أن يكون الحاضر صدق المدعى فيما ادعى غير أن المدعى قال : وأنا أقيم البينه أيضاً فأقامها ، فيرجع ههنا ، لأنه ليس فيه تكذيب البينة .

(الثانى) أن يكون الحاضر لم يقر ولم ينكر ، بل سكت ، فأقام المدعى البينة فليس فيه تكذيب .

(الثالث) أن يكون الحاضر أنكر شراء نفسه ، ولم يعرض لشراء شريكه . فقامت عليه البينة .

(الرابع) أن يكون الحاضر أنكر شراءه وشراء شريكه وضمانهما إلا أن الحاضر لما قامت البينة وأخذ من المدعى الألف ظلما ثبت على الغائب خمسمائة بالبينة ، وقد أخذ المدعى من الحاضر خمسمائة ظلماً فيكون للحاضر أن يأخذ ما ثبت للمدعى على الغائب .

ومن أصحابنا من وافق المزنى وقال : يرجع الحاضر على الغائب بخمسمائة وإن أنكر الشراء والضمان لأنه يقول : كان عندى إشكال فى ذلك ، وقد كشفت هذه البينة هذا الإشكال وأزالته ، فهو كمن اشترى شيئا وادعاه عليه آخر بأنه له وأنكر المشترى ذلك ، وأقام المدعى بينه وانتزع منه . فان له أن يرجع على البائع بالثمن ، ولا يقال : ان باقراره أن المدعى ظالم يسقط حقه من الرجوع .

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق ينظر فى الحاضر فان تقدم منه تكذيب البينه مثل أن قال من يبيع منك شيئا ولا يستحق علينا شيئا . ثم قامت البينه بذلك فانه لا يرجع على صاحبه بشىء لانه قد كذب البينة بما شهدت وأن هذا المدعى ظالم قبل له . فان قدم الغائب واعترف بصدق المدعى وقال . لا يرجع عليه بشىء لأنه يقر له بما لا يدعيه . وان لم يتقدم منه تكذيب البينة مثل أن قال . مالك عندى شىء . فانه يرجع على صاحبه بخمسمائه لأنه ضمن عنه باذنه ودفع عنه (قلت) ولعل صاحب الوجه الاول لا يخالف تفصيل الشيخ أبى حامد فى جواب الحاضر وأن الحكم يختلف باختلاف جوابه كما ذكر والله الموفق والمعين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ضمن عنه دينا ثم اختلفا فقال الضامن : ضمنت وأنا صبي ، وقال المضمون له . ضمنت وأنت بالغ ، فالقول قول الضامن ، لأن الاصل عدم البلوغ ، وإن قال . ضمنت وأنا مجنون ، وقال . بل ضمنت وأنت عاقل ، فان لم يعرف له حالة جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الاصل العقل وصحة الضمان ، وان عرف له حالة جنون فالقول قول الضامن ، لأنه يحتمل أن يكون الضمان فى حالة الافاقة . ويحتمل أن يكون فى حالة الجنون ، والأصل عدم الضمان وبراءة الذمة .

وان ضمن عن رجل شيئاً وأدى المال ثم ادعى أنه ضمن باذنه وأدى باذنه ليرجع ، وأنكر المضمون عنه الاذن لم يرجع عليه ، لأن الأصل عدم الاذن ، وان تكفل ببدن رجل ثم ادعى أنه تكفل به ولا حق عليه فالقول قول المكفول له لان الكفيل قد أقر بالكفالة ، والكفالة لا تكون الا بمن عليه حق فكان القول قول المكفول له ، فان طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك ففيه وجهان .

(أحدهما) يحلف ، لان ما يدعيه الكفيل ممكن ، فحلف عليه الخصم .

(والثانى) لا يحلف ، لأن اقراره بالكفالة يقتضى وجوب الحق وما يدعيه يكذب اقراره ، فلم يحلف الخصم . وان ادعى الضامن أنه قضى الحق عن المضمون عنه . وأقر المضمون له . وأنكر المضمون عنه . ففيه وجهان .

(أحدهما) أن القول قول المضمون عنه . لان الضامن يدعى القضاء ليرجع فلم يقبل قوله . والمضمون له يشهد على فعل نفسه أنه قبض فلم تقبل شهادته . فسقط قولهما وحلف المضمون عنه (والثانى) أن القول قول الضامن لان قبض المضمون له يثبت بالاقرار مرة . وبالبينة أخرى . ولو ثبت قبضه بالبينة رجع الضامن . فكذلك اذا ثبت بالاقرار .

(الشرح) الأحكام . اذا ضمن عن رجل ديناً ثم اختلفا . فقال الضامن . ضمنت وأنا صبي . وقال المضمون له . بل ضمنت وأنت بالغ فان أقام المضمون له

بينة أنه ضمن وهو بالغ حكم بصحة الضمان ، وان لم تكن بينة فالقول قول الضامن لأن الاصل عدم البلوغ

وان قال الضامن ضمنت وأنا مجنون . وقال المضمون له بل ضمنت وأنت عاقل ، فان أقام المضمون له بينة أنه ضمن له وهو عاقل حكم له بصحة الضمان . وان لم تكن له بينة : فان لم يعرف للضامن حال جنون فالقول قول المضمون له مع يمينه ، لأن الاصل صحة الضامن

وان عرف له حال جنون فالقول قول الضامن مع يمينه ، لأنه يحتمل أنه ضمنه فى حال الجنون ، ويحتمل أنه ضمن فى حال الإفاقة ، والاصل براءة ذمته

(فرع) وإن ادعى الضامن أن المضمون له أبرأه عن الضمان وأنكر المضمون له البراءة ، فأحضر الضامن شاهدين أحدهما المضمون عنه . قال الصيمرى ، فان لم يأمره بالضمان عنه قبلت شهادته ، وان أمره بالضمان عنه لم تقبل شهادته

(فرع) وان ادعى على رجل أنه ضمن له دينا على رجل غائب معين وأنكر الضامن واحضر المضمون له بينة تشهد بالضمان ، فان بين قدر المال المضمون له وشهدت معه البينة بذلك حكم بها ، وان ادعى الضمان بمال معلوم والمضمون مجهول وشهدت له بينة بذلك فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا تسمع هذه البينة ولا يحكم له على الضامن بشيء ، لأن الذى عليه الحق اذا كان مجهولا لم يثبت حقه ، واذا لم يثبت على الأصل لم يثبت على الضامن .

(والثانى) يحكم له على الضامن لأن البينة قد قامت عليه بذلك . ألا ترى أنها لو شهدت بأن عليه ألفاً من جهة الضامن سمعت : فكذلك هذا مثله

(فرع) اذا ضمن الرجل لغيره ديناً وقضاه ، وادعى الضامن على المضمون منه أنه ضمن باذنه وقضى باذنه فليرجع عليه ، وأنكر المضمون عنه الإذن . فان أقام الضامن بينة حكم له بالرجوع على المضمون عنه . وان لم يقم بينة فالقول قول المضمون عنه مع يمينه لأن الاصل عدم الإذن

(فرع) فان قال تكفلت لك ببدن فلان مؤجلا ، وقال المكفول له تكفلت به معجلا . وأقام كل واحد منهما شـاهداً واحدا بما قال . ففيه قولان حكاهما

الصيدلانى (أحدهما) لا يلزمه إلا مؤجلا لأنه لم يقر بغيره (والثانى) يحلف كل واحد منهما مع شاهده ويتعارضان ويسقطان ويبقى الضمان مؤجلا

(فرع) إذا ادعى الكفيل أن المكفول به برىء من الحق ، وأن الكفالة قد سقطت ، وأنكر ذلك المكفول له ولم تكن بينة ، فالقول قول المكفول له مع يمينه لأن الأصل بقاء الحق ، لأنه لا يبرأ بيمين غيره . وإن قال الكفيل تكفلت به ولا حق لك عليه فالقول قول المكفول له لأن الظاهر صحة الكفالة . وهل يحلف ؟ قال أبو العباس فيه وجهان (أحدهما) لا يحلف ، لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله .

(والثانى) يحلف لأن ما يدعيه الكفيل ممكن ، فإن حلف فلا كلام ، وان نكل رد اليمين على الكفيل لأنه لا يجوز أن يعلم أنه لا حق للمكفول له بإقرار ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الشركة

يصح عقد الشركة على التجارة ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانا خرجت من بينهما» ولا تصح الشركة إلا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على التصرف فى المال فلم تصح إلا من جائز التصرف فى المال .

(فصل) ويكره أن يشارك المسلم الكافر ، لما روى أبو جمرة عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسيا ، قلت : لم ؟ قال لأنهم يربون ، والربا لا يحل

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رفعه . رواه أبو داود والحاكم وصححه ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان . وقد ذكره ابن حبان فى الثقات ، وأعله أيضا ابن القطان بالإرسال ، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال :

إنه الصواب ، ولم يسنده غير أبي همام محمـــد بن الزبرقان ، وسكت أبو داود والمنذري عن هذا الحديث . وأخرج نحوه أبو القاسم الاصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام

أما لغات الفصل وغريب الحديث ، فالشركة بكسر الشين وسكون الراء ، وحكى ابن باطيش فتح الشين وكسر الراء . وذكر صاحب الفتح فيها أربع لغات فتح الشين وكسر الراء ، وكسر الشين وسكون الراء ، وقد تحذف الهاء مع كسر أوله ، وقد تحذف مع فتح أوله .

قوله « أنا ثالث الشريكين » المراد أن الله جل جلاله يضع البركة للشريكين في مالهما مع عدم الخيانة ويمدهما بالرعاية والمعونة ويتولى الحفظ لمالهما .

قوله « خرجت من بينهما » أي نزعت البركة من المال ، زاد رزين « وجاء الشيطان » ورواية الدارقطني « فاذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » يعني البركة

والشركة ثبوت الحق لإثنين فأكثر على جهة الشيوع . وعن السائب بن أبي السائب المخزومي أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم يوم الفتح : كنت شريكي ونعم الشريك ، كنت لا تداربني ولا تماريني ، رواه أبو داود وابن ماجه بلفظ « كنت شريكي ونعم الشريك ، لا تداري ولا تماري »

وفي لفظ أن السائب المخزومي كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة فجاء يوم الفتح فقال : مرحبا بأخي وشريكي ، لا تداري ولا تماري . وفي لفظ أن السائب قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فجعلوا يثنون علي ويذكرونني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنا أعلمكم به ، فقلت : صدقت بأبي أنت وأمي ، كنت شريكي فنعم الشريك لا تداري ولا تماري »

وقوله « لا تداري » أي لا تخالف ولا تنازع من قوله تعالى « فادّارأتم فيها » يعني اختلفتم وتنازعتم

أما الأحكام فان الأصل في جواز الشركة الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى « واعلموا أن ماغنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول » الآية فجعل الخمس مشتركا بين الغانمين

وقوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين »

فجعل الميراث مشتركا بين الأولاد . وقوله تعالى « إنما الصـــدقات للفقراء والمساكين » الآية . فجعل الصـدقة مشتركة بين أهل الأصناف . وقوله تعالى « وإن كثيراً من الخلطاء ليبغى بعضهم على بعض » والخلطاء هم الشركاء .

وأما السنة فقد مضى بعضها ، ونضيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كان له شريك فى ربع أو حائط فلا يبعه حتى يؤذن شريكه » وقد سبق تخريجه وطرقه عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما

وأما أثر أبى جمرة عن ابن عباس « لا تشاركن يهودياً ولا نصرانيا ولا مجوسياً ، قلت لم ؟ قال لأنهم يربون . وأبو جمرة هو نصر بن عمران الضبعى صاحب ابن عباس ، والأثر رواه الأثرم . وقد روى الخلال بإسناده عن عطاء قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودى والنصرانى ، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم »

وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف فى جوازها . إذا ثبت هذا فإن الشركة تنقسم على ستة أقسام : شركة فى الأعيان والمنافع ، وشركة فى الأعيان دون المنافع ، وشركة فى المنافع دون الاعيان ، وشركة فى المنافع المباحه ، وشركة فى حق الأبدان ، وشركة فى حقوق الأموال .

فأما شركة المنافع والاعيان فهو أن يكون بين الرجلين أو بين الجماعة أرض أو بهائم ملكوها بالإرث أو بالبيع أو الهبه مشاعا

وأما شركة الاعيان دون المنافع فمثل أن يوصى رجل لرجل بمنفعة أرضه أو داره فيموت ويخلف جماعة ورثة ، فإن رقبة الأرض والدار تكون موروثة للورثة دون المنفعة .

وأما الشركة فى المنافع دون الاعيان فمثل أن يوصى بمنفعة عربته لجماعه أو يستأجر جماعة عربة

وأما الوقف على جماعة — فان قلنا ان ملك الرقبه الى الله كانت الشركة بينهم فى المنافع دون الاعيان ، وإن قلنا ينتقل الملك اليهم كانت الشركة بينهم فى المنافع والاعيان ، وأما الشركة فى المنافع المباحه فمثل أن يموت رجل وله ورثة جماعة ويخلف كلب صيد أو كلب ماشيه أو زرع ، فإن المنفعه مشتركة بينهم

وأما الشركه فى حقوق الابدان فهو أن يرث جماعه قصاصا أو حد قذف ، وأما الشركه فى حقوق الاموال فهو أن يرث جماعه الشفعه أو الرد بالعيب وخيار الشرط وحقوق الرهن ومرافق الطرق

(مسألة) وتجوز الشركه فى التجارة لما روى أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضه بنقد ونسيئه ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئه فردوه ؛ ويكره للمسلم أن يشارك الكافر سواء كان المسلم هو المتصرف أو الكافر أو هما ؛ وقال الحسن رضى الله عنه « ان كان المسلم هو المتصرف لم يكره ، وان كان الكافر هو المتصرف أو هما كره

دليلنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « أكره أن يشارك المسلم اليهودى والنصرانى ، ولا مخالف له ، ولأنهم لا يمتنعون من الربا ومن بيع الخمر ، ولا يؤمن أن يكون ماله الذى عقد عليه الشركه من ذلك فكره ؛ فإن عقد الشركه معه صح ، لأن الظاهر مما فى أيديهم أنه ملكهم ، وقد اقترض النبى صلى الله عليه وسلم من يهودى شعيرا ورهنه درعه ، وقال أحمد يشارك اليهودى والنصرانى ولكن لا يخلوان به ، ويخلو به المسلم ، وحديث الاثرم فيه ارسال ، وخبر ابن عباس موقوف عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى

{ فصل } وتصح الشركه على الدراهم والدنانير ، لأنهما أصل لكل ما يباع ويبتاع ، وبهما تعرف قيمه الاموال وما يزيد فيها من الارباح . فأما ما سواهما من العروض فضربان ، ضرب لا مثل له ، وضرب له مثل . فأما ما لا مثل له كالحيوان والثياب فلا يجوز عقد الشركه عليها لانه قد تزيد قيمه أحدهما دون الآخر ، فإن جعلنا ربح ما زاد قيمته لمالكه أفردنا أحدهما بالربح والشركه معقودة على الاشتراك فى الربح . وان جعلنا الربح بينهما أعطينا من لم تزد قيمه ماله ربح مال الآخر ، وهذا لا يجوز

وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز عقد

الشركة عليه ، وعليه نص فى البويطى لأنه من غير الأثمان فلم يجز عقد الشركة عليه كالثياب والحيوان (والثانى) يجوز ، وهو قول أبى إسحاق لأنه من ذوات الامثال فأشبه الأثمـان ، وإن لم يكن لهما غير العروض وأرادا الشركة باع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الاخر ، فيصير الجميـع مشتركا بينهما ، ويشتركان فى ربحه .

(الشرح) الأحكام . قال المزنى : والذى يشبه قول الشافعى رحمه الله أنه لا تجوز الشركه فى العروض ولا فيما يرجع فى حال المفاضـلة الى القيم ولا غير الأثمان . وجملة ذلك أن عقد الشركه يصح على الدراهم والدنانير لأنها قيم المتلفات ومعايير الأثمان ، وبها تعرف قيم الاموال وما يزيد فيها من الارباح ، وممن منع الشركة بالعروض أصحاب أحمـد كما نص عليه هو فى رواية أبى طالب وحرب ، وحكاه عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأن الشركه إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها . فاما أعيانها فإنه لا يجوز أن تقع عليها لأن الشركه تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع اليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الاخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدى الى أن يشاركه الاخر فى ثمن ملكه الذى ليس بربح

وأما قيمتها فإنها غير متحققة القدر فيفضى الى التنازع ، وقد يقوم الشىء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمه قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الاخر فى العين المملوكه له .

وأما الأثمان فإنها معدومه حال العقد ولا يملكانها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع . وان أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنها تصير شركه معلقه على شرط وهو بيع الاعيان ، ولا يجوز ذلك

وقد فرق أصحابنا بين ما له مثل وبين مالا مثل له . فأما مالا مثل له كالنبات والحيوان وما أشبههما فلا يصح عقد الشركه عليها ، وبه قال من مضى ذكرهم ، وقال مالك يصح عقد الشركه عليها ويكون رأس المال قيمتها

دليلنا : أن موضع الشركة على أن لا ينفرد أحد الشريكين بربح مال أحدهما وهذه الشركة تفضى إلى ذلك ، لأنه قد يزيد قيمة عرض أحدهما ، ولا يزيد قيمة عرض الآخر ، فيشاركه من لم يزد قيمة عرضه عند المفاصلة ، وهذا لا سبيل اليه فان كان لكل واحد منهما عربة تساوى مائة وأراد الشركة ، باع أحدهما نصف عربته بنصف عربة صاحبه ثم يتقابضان ويأذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف وان كانت قيمة احداهما مائتين وقيمة الأخرى مائة باع من قيمة عربته مائتان ثلث عربته بثلثى عربة الآخر ؛ وان شاءا باع كل واحد منهما من صاحبه بعض عرضه بثمن فى ذمته ثم تقاصا ، وان شاءا اشتريا عرضاً من رجلين بثمن فى ذمتهما ثم دفعا عرضهما عما فى ذمتهما .

وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ، فهل يصح عقد الشركة فيها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظـــاهر ما نقله المزنى ، لانه قال : ولا فيما يرجع حال المفاصلة الى القيم ، وما له مثل لا يرجع الى قيمته ولانهما مالان اذا خلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ، فصح عقد الشركة عليهما كالدراهم والدنانير .

(والثانى) لا يجوز ، لان الشافعى رضى الله عنه قال فى البويطى ولا تجوز الشركة فى العروض ، وما له مثل من العروض ، ولأنها شركة على عروض فلم يصح كالنبات والحيوان .

قال أبو اسحاق المروزى فى الشرح : فإذا قلنا : تصح الشركة فيها ـ فان كانت قيمتهما سواء ـ أخذ كل واحد منهما مثل سلعته يوم المفاصلة واقتسما ما بقى من الربح ، وان كانت قيمتهما مختلفه مثل أن كانت حنطة أحدهما جيده وحنطة الآخر مسوسه كان لكل واحد منهما قيمه حنطته يوم الشركه واقتسما مابقى من الربح

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يصح من الشرك الا شركه العنان ، ولا يصح ذلك الا أن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته ، فان كان مال أحدهما دنانير والآخر دراهم ، أو مال أحدهما صحاحا والآخر قراضه أو مال أحدهما من سكة ومال الآخر من سكة أخرى لم تصح الشركة ، لانهما مالان لا يختلطان فلم تصح

الشركة عليهما كالعروض ، فان كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الآخر مائة درهم ، وابتاعا بها شيئا وربحا قسم الربح بينهما على قدر المالين ، فان كان نقد البلد أحدهما قوم به الاخر ، فان استوت قيمتاهما استويا فى الربح ، وان اختلفت قيمتاهما تفاضلا فى الربح على قدر مالهما .

(فصـل) ولا تصح حتى يختلط المالان ، لانه قبل الاختلاط لا شركة بينهما فى مال ، ولأنا لو صححنا الشركه قبل الاختلاط وقلنا : ان من ربح شيئا من ماله انفرد بالربح أفردنا أحدهما بالربح ، وذلك لا يجوز ، وان قلنا : يشاركه الاخر أخذ أحدهما ربح مال الاخر ، وهذا لا يجوز ؛ وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين فى القدر ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا تصح ، وهو قول أبى القاسم الانماطى لان الشركه تشتمل على مال وعمل ثم لا يجوز أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح ، فكذلك لا يجوز أن يتساويا فى العمل ويتفاضلا فى الربح واذا اختلف مالهما فى القدر فقد تساويا فى العمل وتفاضلا فى الربح ، فوجب أن لا يجوز .

(والثانى) تصح ؛ وهو قول عامة أصحابنا وهو الصحيح ، لان المقصود بالشركة أن يشتركا فى ربح مالهما ، وذلك يحصل مع تفاضل المالين كما يحصل مع تساويهما ، وما قاله الانماطى من قياس العمل على المال لا يصح ، لان الاعتبار فى الربح بالمـال لا بالعمل ، والدليل عليه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بالمال ويشتركا فى الربح ، فلم يجز أن يستويا فى المـال ويختلفا فى الربح ، وليس كذلك العمل ، فانه يجوز أن ينفرد أحـدهما بالعمل ويشتركا فى الربح ، فجاز أن يستويا فى العمل ويختلفا فى الربح .

(الشرح) قوله : شركة العنان وهو أن يشتركا فى شىء خاص دون سائر أموالهما ، كأنه عن لهما شىء فاشترياه مشتركين فيه ، وقيل : مأخوذة من عنانى فرسى الرهان ، لان الفارسين اذا تسابقا تساوى عنانا فرسيهما ، كذلك الشركة يتساوى فيها الشريكان .

والشركة أربع : شركة العنان ، وشركة الأبدان ، وشركة المفاوضة وشركة الوجوه . ولا يصح من هذه الشركة عندنا إلا شركة العنان .

قال فى البيان واختلف الناس لم سميت شركة العنان فقيل سميت شركة العنان لظهورها وهو أنهما ظاهرا باخراج المالين ، ويقال عن الشيء إذا ظهر ومنه قول امرىء القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار فى ملاء مذيل

(وقيل) سميت عنانا من المعاننه وهى المعارضه ، وكل واحد من الشريكين عارض شريكه بمثل ماله ، إلى أن قال . وقال أبو بكر الرازى سميت بذلك مأخوذا من العنان ، لأن الإنسان يأخذ عنان الدابه بإحدى يديه ، ويحبسه عليها ، ويده الأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء ، كذلك هذه الشركه كل واحد من الشريكين بعض ماله مقصور عن التصرف فيه من جهة الشركه ؛ وبعض ماله يتصرف فيه كيف شاء . اه

وقد اعتبر أصحاب أحمد الشركه خمساً حيث زادوا شركه المضاربه ، وقد أجازوا بعض ما هو ممنوع عندنا على تفصيل سيأتى ان شاء الله تعالى .

وجماع القول فى شركه العنان هو أن يخرج كل واحد منهما مالا من جنس مال الآخر وعلى صفته ويخلطا المالين ، ولا خلاف فى صحه هذه الشركه لسلامتها من سائر أنواع الغرر ، ويشترط فيها لفظ صريح من كل الآخر يدل على الإذن المتصرف من كل منهما أو من أحدهما ، أو كنايه تشعر بذلك وكاللفظ الكتابه وإشارة الأخرس المفهمه فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون فى الكل والآذن فى نصيبه خاصه ، فإن شرط عدم تصرفه فى نصيبه لم تصح .

(فرع) الشركه الصحيحه أن يخرج كل واحد من الشريكين دنانير مثل دنانير صاحبه ويخلطاها فيكونا شريكين ، وجملة ذلك أن من شرط صحه شركه العنان أن يكون مالهما المشترك بينهما من جنس واحد وسكة واحدة ، فإن كان مال أحدهما عملة محليه والآخر عملة أجنبيه واختلفا قيمه لم تصح الشركه لاختلاف جهه الاصدار وعدم اتحاد القيمه واحتمال دخول عنصر الغرر أو الربا فى الاستبدال والصرف فلم تصح كما لو كانت نقود أحدهما مكسرة والآخر صحيحه ، أو كانت

لأحدهما دنانير والآخر دراهم ، أوكانت لأحدهما طبرية والاخر عبدية ، وقال أبو حنيفة : يصح ،

دليلنا أنه مالان مختلفان ، فوجب أن لا ينعقد عليهما عقد الشركة ، كما لو كان مال أحدهما حنطة ومال الاخر شعيراً ، فإن خالفا وأخرج أحدهما عشرة دنانير والاخر عشرة دراهم وخلطا ذلك وابتاعا فإن ذلك يكون ملكا لهما على قدر مالهما فان كان نقد البلد دنانير قومت الدراهم ، فان كانت قيمتها خمسة دنانير كان لصاحب الدنانير ثلثا المتاع ولصاحب الدراهم ثلثه ، وكذلك يقسم الربح والخسران بينهما . وإن كان نقد البلد من غير جنس ما أخرجاه قوم ما أخرج كل واحد منهما بنقد البلد ، فان تساويا كان ذلك بينهما نصفين ، وإن تفاضلا كان الحكم فى ملك المتاع لهما كذلك .

ولا تصح الشركة حتى يختلط المالان ثم يقولا : تشاركنا أو اشتركنا ، فان عقدا الشركة قبل خلط المالين لم يصح

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى تصح الشركة وإن لم يخلطا المالين ، بل مال كل واحد منهما بيده يتصرف فيه كيف شاء ويشتركان فى الربح وقال مالك رحمه الله تعالى : من شرط عقد الشركة أن تكون أيديهما على المالين ، أو يد وكيلهما . وان لم يكونا مخلوطين

دليلنا أنهما مالان يتميز أحدهما عن الاخر فلم تصح الشركة عليهما كما لو كانا حنطة وشعيراً ، أو كما لو لم تكن يدهما على المالين ، ولأنا لو صححنا عقد الشركة قبل الخلط لأدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الاخر ، لأنه قد ربح بمال أحدهما دون الاخر

وهل من شرط صحة هذه الشركة أن يتساويا فى قدر ماليهما ؟ فان كان مال أحدهما عشرة دنانير ومال الاخر خمسة لم تصح ، لأن الشافعى شرط أن يخرج أحدهما مثل ما يخرج الاخر ، ولأنهما اذا تفاضلا فى المال فلا بد أن يتفاضلا فى الربح . لأن الربح على قدر المالين ، فلم يجز أن يتفاضلا فى الربح مع تساويهما فى العمل ، كما لا يجوز أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح

قال أبو القاسم الانماطى : لا تصح الشركة . وقال عامة أصحابنا تصح الشركة

وإن كانا متفاضلين فى المالين ، لأن المقصود فى الشركة أن يشتركا فى ربح ماليهما وذلك يمكن مع تفاضل المـالين ، كما يمكن مع تساويهما . وما قال الشافعى فأراد به المثل من جهة الجنس والسكة ، لا من جهة المقدار . وأما اعتبار الربح بالعمل فغير صحيـح ، لأن عمل الشريكين فى مال الشركة لا تأثير له ، لأنه تابع ، وقد يعمل أحدهما فى مال الشركه أكثر من عمل الاخر مع استوائهما فى المال . وقد يعمل أحدهما فى مال الشركه وحـده من غير شرط فى العقد ؛ ويصح ذلك كله ولا يؤثر فى الربح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف فى نصيب شريكه إلا بإذنه فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف تصرفا ، وإن أذن أحدهما ولم يأذن الاخر تصرف المأذون فى الجميع ، ولا يتصرف الاخر الا فى نصيبه ، ولا يجوز لأحدهما أن يتجر فى نصيب شريكه إلا فى الصنف الذى يأذن فيه الشريك ، ولا أن يبيـع بدون ثمن المثل ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد إلا أن يأذن له شريكه ، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فى نصفه ، فلا يملك الا ما يملك كالوكيل .

(الشرح) الأحكام : اذا عقدا الشركه على مال لهما نصفين ، فان كل واحد منهما يملك التصرف فى نصف المال مشاعا من غير إذن شريكه لأنه ملكه ؛ وهل له أن يتصرف فى النصف الاخر من غير اذن شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى أحدهما يملك ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأن هذا مقتضى عقد الشركه . فلم يحتج الى إذن الاخر ، كما لو عقد القراض على مال له

والثانى : وهو طريقة البغداديين من أصحابنا أنه لا يملك ذلك من غير إذن شريكه ، لأن المقصود بالشركه هو أن يشتركا فى ربح ماليهما . وذلك لا يقتضى التوكيل من كل واحد منهما لصاحبه .

إذا ثبت هذا فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى التصرف بنصيبه تصرف

كل واحد منهما بجميع مال الشركه . وان أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر صح تصرف المأذون له فى جميع المال . ولا يتصرف من لم يؤذن له الا فى نصفه مشاعا ولا يتجر المأذون له فى نصيب شريكه إلا فى النوع المأذون له فيه من الامتعة ، سواء كان يعم وجوده أو لا يعم وجوده ، ولأن ذلك توكيل ، وللإنسان أن يوكل غيره يشترى له نوعا من الامتعة ، وإن لم يكن عام الوجود بخلاف القراض فإن المقصود منه الربح ، وذلك لا يحصل إلا فى الإذن بالتجارة فيما يعم وجوده.

قال ابن الصباغ : وإن أذن له أن يتجر فى جميع التجارات جاز ذلك أيضاً .

ولا يبيع المأذون له نصيب شريكه إلا بنقد البلد حالا بثمن المثل كمانقول فى الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ويقسم الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما ، فكانا على قدر المالين ، فإن شرطا التفاضل فى الربح والخسران مع تساوى المالين، أو التساوى فى الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد ، لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما، فإن تصرفامع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لايسقط الإذن فنفذ التصرف ، فان ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ، ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصيب شريكه ، لانه إنما عمل ليسلم له ما شرط ، واذا لم يسلم رجع بأجرة عمله .

(الشرح) الاحكام : إذا اشترك رجلان وتصرفا — فان ربحا — قسم الربح بينهما والخسران على قدر المالين . سواء شرطا ذلك فى العقد أو أطلقا ، لان هذا مقتضى الشركة ، وان شرطا التفاضل فى الربح أو الخسران مع تساوى المالين أو شرطا التساوى فى الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح هذا الشرط .
وقال أبو حنيفة : يصح :

دليلنا أنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح ؛ كما لو شرطا الربح لاحدهما فان تصرفا مع هذا الشرط صح تصرفهما ، لان الشرط يسقط الإذن ، فان ربحا

أو خسرا قسم الربح والخسران على قدر ماليهما . لأنه مستفاد بمالهما . ولأنه ثمرة المال فكان على قدرهما ، كما لو كان بينهما نخيل فأثمرت . ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله . لأنه إنما عمل بشرط ولم يسلم له الشرط .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ وأما شركة الأبدان ، وهى الشركة على ما يكتسبان بأبدانهما فهى باطلة ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وهذا الشرط ليس فى كتاب الله تعالى . فوجب أن يكون باطلا ، ولأن عمل كل واحد منهما ملك له يختص به فلم يجز أن يشاركه الآخر فى بدله ، فإن عملا وكسبا أخذ كل واحد منهما أجرة عمله . لأنها بدل عمله فاختص بها .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه الشيخان ، قال النووى : صنف فيه ابن خزيمة وابن جرير تصنيفين كبيرين أكثرا فيهما من استنباط الفوائد .

أما الأحكام : فإذا كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، وعقدا الشركة على أن يكون الربح بينهما نصفين ، فان شرط صاحب الالفين على نفسه شيئا من العمل كانت الشركة فاسدة . فإذا عملا قسم الربح والخسران بينهما على قدر ماليهما ، ويرجع كل منهما على صاحبه بأجرة عمله فى ماله .

وقال ابو حنيفة رحمه الله : الشركة فاسدة ولا يرجع أحدهما على الاخر بأجرة عمله فى ماله .

دليلنا أنه عقد قصدا به الربح فى كل حال ، فاذا كان فاسدا استحق أجرة عمله فيه كالقراض ، فإن عمل صاحب الالف على مال الشركة عملا أجرته ثلاثمائة . وعمل صاحب الالفين على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون ، فإن صاحب الالف يستحق على صاحب الالفين مائتين ويستحق عليه صاحب الالفين خمسين فيقاصه بها ، وتبقى لصاحب الالف على صاحب الالفين مائة وخمسون . وان عمل كل واحد منهما على مال الشركة عملا أجرته مائة وخمسون فان صاحب

الالف يستحق على صاحب الالفين مائة ، ويستحق صاحب الالفين عليه خمسين فيقاصه بها ، ويبقى لصاحب الالف على صاحب الالفين خمسون

وإن شرط صاحب الالفين جميع العمل على صاحب الالف وشرط نصف الربح ، فان هذه الشركة صحيحة وقراض صحيح ، لأن صاحب الالف يستحق ثلث الربح بالشركة ، لأن له ثلث المال ولصاحب الالفين ثلثا الربح ، فإذا شرط جميع العمل على صاحب الالف وشرط له نصف الربح فقد شرط لعمله سدس الربح لجاز ، كما لو قارضه على سدس الربح

فان قيل كيف صح عقد القراض على مال مشاع ؟ قلنا إنما صح لان الإشاعة مع العامل فلا يتعذر تصرفه ، وإنما لا تصح إذا كانت الإشاعة فى رأس المال مع غيره ؛ لانه لا يتمكن من التصرف

(فرع) قال صاحب البيان : وإن كان بين رجلين ألفا درهم لكل واحد منهما ألف فأذن أحدهما لصاحبه أن يعمل فى ذلك ويكون الربح بينهما نصفين . فان هـــذا ليس لشركة ولا قراض ، لان مقتضى الشركة أن يشتركا فى العمل والربح . ومقتضى القراض أن للعامل نصيبا من الربح . ولم يشترط له ههنا شيئاً . انتهى .

إذا ثبت هذا فعمل وربح كان الربح بينهما نصفين لانه نماء مالهما قال ابن الصباغ : ولا يستحق العامل لعمله فى مال شريكه أجرة لانه لم يشترط لنفسه عوضا . فكان عمله تبرعا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وأما شركة المفاوضة وهو أن يعقدا الشركه على أن يشتركا فيما يكتسبان بالمال والبدن ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الاخر بغصب أو بيع أو ضمان فهى شركة باطلة ، لحديث عائشة رضى الله عنها . ولانها شركة معقودة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فيما يختص بسببه فلم تصح ، كما لو عقدا الشركة على ما يملكان بالإرث والهبة . ولانها شركة معقودة على أن يضمن كل واحد منهما مايجب على الاخر بعدوانه فلم تصح . كما لو عقدا الشركة

على أن يضمن كل واحد منهما مايجب على الاخر بالجناية ، فان عقدا الشركة على ذلك واكتسبا وضمنا أخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله ، وضمن كل واحد منهما ما لزمه بغصبه وبيعه وضمانه ، لأن الشرط قد سقط . وبقى الربح والضمان على ما كانا قبل الشرط . ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله فى نصاب شريكه ، لأنه عمل فى ماله ليسلم له ما شرط له ، ولم يسلم فوجب أجرة عمله .

(الشرح) الأحكام : إن شركة المفاوضة باطلة عندنا ، وهى أن يشترطا أن يكون ما يملكان من المال بينهما ، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الاخر بغصب أو بيع أو ضمان .

قال الشافعى رضى الله عنه فى اختلاف العراقيين : لا أعلم فى الدنيا شيئا باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه .

وقال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى رضى الله عنهم : شركة المفاوضة صحيحة إلا أن أبا حنيفة يقول : من شرط صحتها أن يخرج كل واحد منهما جميع ما يملكه من الذهب والفضة ، حتى لو أن أحدهما استثنى مما يملكه درهماً لم تصح الشركة ، ويكون مال أحدهما مثل مال صاحبه . ويكونان حرين بالغين مسلمين . ولا تصح بين مسلم وذمى ، ولا بين ذميين ، ولا بين حر وعبد ، فإذا وجدت هذه الشركة تضمنت الوكالة والكفالة .

فأما الوكالة فهو أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى الكسب وفيما يوهب له ، وفى الكنز الذى يجده وفى جميع ما يكسبه إلا الاصطياد والاحتشاش فانهما ينفردان . وأما الميراث فإنهما لا يشتركان فيه ، فاذا ورث أحدهما نظر فيه ، فإن كان عرضا لم يضمن الشركة ، وان كان ذهباً أو فضة فالم يقبضه فالشركة بحالها وان قبضه بطلت الشركة ، لأنه قد صار ماله أكثر من مال الاخر .

وأما الكفالة فإن كل ما يلزم أحدهما باقرار أو غصب أو ضمان أو عهدة فان صاحبه يشاركه فيه إلا أرش الجناية .

دليلنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وهذا غرر ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه . ولأنها شركة تصح مع المفاضلة فلم تصح مع المساواة كالشركة

فى العروض وعكسه شركة العنان ، ولأنهما عقدا الشركه على مايملكان بالإرث أو بقول شركة على أن يضمن كل واحد منهما مايجب على الاخر بعدوانه فلم يصح كما لو عقدا الشركة على أن يضمن كل واحد منهما ما يجب على كل واحد منهما كالجناية . إذا ثبت هذا فان كسبا اختص كل واحد منهما بملك ما كسبه ووجب عليه ضمان ما أتلفه وغصبه ، لأن وجود هذا العقد بمنزلة عدمه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وأما شركة الوجوه ، وهو أن يعقدا الشركة على أن يشارك كل واحد منهما صاحبه فى ربح ما يشتريه بوجهه ، فهى شركة باطلة ، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به ، فلا يجوز أن يشاركه غيره فى ربحه ، وإن وكل كل واحد منهما صاحبه فى شراء شىء بينهما ، واشترى كل واحد منهما ماأذن فيه شريكه . ونوى أن يشتريه بينه وبين شريكه دخل فى ملكهما وصارا شريكين فيه فاذا بيع قسم الثمن بينهما لأنه بدل مالهما

(الشرح) هذه أيضا إحدى الصور من الشركات التى لا تصح عندنا وتسمى شركة الوجوه . وهو أن يتفقا على أن يشترى كل واحد منهما بوجهه ، ويكون ذلك شركه بينهما وإن لم يذكر شريكه

وقال أبو حنيفه « تصح »

دليلنا أن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ، فلا يشاركه غيره فيه ، فان أذن أحدهما لصاحبه أن يشترى له عينا معينه أو موصوفه ويبين له الثمن فاشترى له ونواه عند الشراء كان ذلك الآخر .

(فرع) حكى الصيمرى أن الشافعى رحمه الله قال : شركة الأزواد فى السفر سنة ، فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ، وليس من باب الربا سبيل ، فيخلط هذا طعامه بطعام غيره جنسا وجنسين وأقل وأكثر ، ويأكلان ولا ربا فى ذلك ، ونحو هذا إشراك الجنس فى الطعام بدار الحرب . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخذ رجل من رجل جملا ، ومن آخر راوية ، على أن يستقى الماء ويكون الكسب بينهم ، فقد قال فى موضع : يجوز . وقال فى موضع لا يجوز ، فمن أصحابنا من قال : إن كان الماء مملوكا للسقاء فالكسب له ، ويرجع عليه صاحب الجمل والراوية بأجرة المثل للجمل والراوية ، لأنه استوفى منفعتهما بإجارة فاسدة فوجب عليه أجرة المثل وإن كان الماء مباحا فالكسب بينهم أثلاثا لأنه استقى الماء على أن يكون الكسب بينهم فكان الكسب بينهم كما لو وكلاه فى شراء ثوب بينهم فاشتراه ، على أن يكون بينهم ، وحمل القولين على هذين الحالين ؛ ومنهم من قال : إن كان الماء مملوكا للسقاء كان الكسب له ؛ ويرجعان عليه بالأجرة لما ذكرناه ، وإن كان الماء مباحا ففيه قولان .

(أحدهما) أنه بينهم أثلاثا لأنه أخذه على أن يكون بينهم فدخل فى ملكهم كما لو اشترى شيئاً بينهم بإذنهم .

(والثانى) أن الكسب للسقاء ، لأنه مباح اختص بحيازته فاختص بملكه كالغنيمة ، ويرجعان عليه بأجرة المثل لأنهما بذلا منفعة الجمل والراوية ، ليسلم لهما الكسب ولم يسلم ، فثبت لهما أجرة المثل .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعى رحمه الله تعالى فى البويطى : إذا اشترك أربعة أنفس فى الزراعة فأخرج أحدهما البذر ومن الثانى الأرض ومن الثالث الفدان يعنى البقر التى يعمل عليها ، والرابع يعمل على أن يكون الزرع بينهم فإن هذا عقد فاسد ، لأنه ليس شركة ولا قراضا ولا إجارة لأن الشركة لا تصح حتى يخلط الشركاء أموالهم . وهاهنا أموالهم متميزة ، وفى القراض يرجع رب المال إلى رأس ماله عند المفاصلة ، وههنا لا يمكن ، والاجارة تفتقر إلى أجرة معلومة وعمل معلوم ، فإذا ثبت هذا كانت الغلة كلها لمالك البذر لأنها عين ماله زادت ، وعليه لصاحب الأرض ولصاحب الفدان أجرة مثل مالهم ، وللعامل أجرة مثل عمله عليه ، لأن كل واحد منهم دخل فى العقد ليكون له شيء من الغلة ، ولم يسلم لهم ذلك ، وقد تلفت منافعهم فكان لهم بدلها .

(فرع) قال فى البويطى : فان اشترك أربعة فأخرج أحدهم بغلا والآخر حجر الرحى، ومن الآخر البيت ، ومن الرابع العمل على أن يكون ماحصل من الأجرة بينهم على ما شرطوه ، فان هذه معاملة فاسدة ، لأنها ليست شركة ولا قراضا ولا إجارة لما بيناه فى الفصل قبله .

قال الشافعى رضى الله تعالى عنه : فاذا أصابوا شيئا جعل لكل واحد منهم أجرة مثله ، وجعل كرأس ماله ، وقسم ماحصل بينهم على قدره . قال أبو العباس ابن سريج : فى هذا مسألتان .

(إحداهما) إذا جاء رجل فاستأجر من كل واحد ماله ليطحنوا له طعاما معلوما بأجرة معلومة بينهم ، بأن يقول لصاحب البيت : استأجرت منك هذا البيت ومن هذا الحجر ، ومن هذا البغل ؛ ومن هذا نفسه ليطحنوا لى كذا وكذا من الحنطة بكذا وكذا درهم ؛ فقالوا : قبلنا الاجارة ، فهل يصح هذا العقد؟ فيه قولان كالقولين فى أربعة أنفس لهم أربع دواب باعوها بثمن واحد ، وكالقولين فيمن تزوج أربع نسوة بمهر واحد ؛ أو خالعنه بعوض واحد ، فاذا قلنا لا يصح استحق كل واحد منهم أجرة مثل ماله على صاحب الطعام . وإن قلنا يصح نظر ، كم أجرة مثل كل واحد منهم . وقسم المسمى بينهم على قدر أجور مثلهم ، ولو استأجر من كل واحد ملكه بأجرة معلومة على عمل معلوم أو مدة معلومة بعقد مفرد صح ذلك قولا واحداً واستحق كل واحد منهما ما يسمى له .

(المسألة الثانية) إذا استأجرهم فى الذمة مثل أن يقول : استأجرتكم لتحصلوا لى طحن هذا الطعام بمائة صحت الاجارة قولا واحدا . ووجب على كل واحد منهم ربع العمل واستحق ربع المسمى من غير تقسيط فاذا طحنوا استحقوا المسمى ارباعا ، وكان لكل واحد منهم أن يرجع على شركائه بثلاثة أرباع عمله . فيرجع صاحب البغل على شركائه بثلاثة أرباع أجرة بغله . وكذلك صاحب البيت والرحى والعامل ، لأن كل واحد منهم يستحق عليه ربع العمل . وقد عمل الجميع فسقط الربع لاجل ما استحق عليه ، ورجع على شركائه بما لم يستحق عليه .

وان قال : استأجرتكم لتطحنوا لى هذا الطعام بمائة فقالوا قبلنا . فذكر الشيخ

أبو حامد الإسفرايينى فى التعليق أنها على قولين كالمسألة الأولى . وذكر المحاملى فى البحر وابن الصباغ : أنها لا تصح قولا واحدا كالمسألة الثانية .

فإن قال لرجل منهم : استأجرتك لتحصل لى طحن هذا الطعام بمائة فقال : قبلت الاجارة لى ، لاصحابى ، أو نوى ذلك وكانوا قد أذنوا له فى ذلك فالاجارة صحيحة . والمسمى بينهم أرباعا . فاذا طحنوا رجع كل واحد منهم بثلاثة أرباع أجرة ماله على شركائه . وان لم ينو أن يقبل له ولاصحابه لزمه العمل بنفسه ، فإذا طحن الطعام بالآلة التى بينه وبين شركائه استحق المسمى وكان عليه أجرة مثل آلاتهم

(فرع) قال فى البويطى : فإن اشترك ثلاثة من أحدهم البغل ، ومن الاخر الراوية . ومن الاخر العمل على أن يستقى الماء ويكون ما رزق الله بينهم ، فإن هذه معاملة فاسدة ، لانها ليست بشركة ولا قراض ولا إجارة لما بيناه ، فاذا استقى الماء وباعه . وحصل منه ثمن فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : يكون ثمن الماء كله للعامل ، وعليه أجرة مثل البغل والراوية .

وقال فى موضع : يكون ثمن الماء كله للسقاء ؛ وعليه أجرة البغل والراوية إذا كان الماء ملكا له مثل أن يأخذ الماء من بركة له أو مما ينبع فى ملكه لان الماء ملكه ، وكان ثمنه ملكا له . وعليه أجرة البغل والراوية لأنه استوفى منفعتهما على عوض . ولم يسلم لهما الغرض .

والموضع الذى قال : يكون ثمن الماء بينهم ، إذا كان الماء مباحا ، لان الثمن حصل بالعمل والبغل والراوية . ومنهم من قال : إن كان الماء ملكا للسقاء فالثمن كله له . وعليه أجرة البغل والراوية لما ذكرناه . وإن كان الماء مباحا ففيه قولان

(أحدهما) أن الثمن كله للسقا لأن الماء يملك بالحيازة ولم توجد الحيازة إلا منه ، وعليه أجرة مثل البغل والراويه ، لأنهم دخلوا على أن يكون لهم قسط من ثمن الماء ، فإذا لم يحصل ذلك لهم استحقوا أجرة المثل .

(والقول الثانى) أن ثمن الماء بينهم لانه لم يتناول الماء لنفسه . وإنما ناوله ليكون بينهم فكان بينهم ، فصار كالوكيل لهم .

قال ابن الصباغ وهكذا لو اصطاد له ولغيره فهل لغيره منه شيء ؟ فيه وجهان :

أحـدهما وهو قول الشيخ أبي حامد في التعليق أنه يقسم بينهم بالتقسيط على قدر أجور أمثالهم . وحكى أن الشافعي رحمه الله نص على ذلك .

والثاني : حكاه ابن الصباغ عن الشافعي رحمه الله تعالى أنه يكون بينهم أثلاثا ويرجع صاحب البغل بثلثي أجرته على صاحبه ويرجع صاحب الراوية بثلثي أجرته على صاحبيه ، ويرجع السقا على صاحبيه بثلثي أجرته .

وأما صاحبنا المصنف فذكر أنه يكون بينهم أثلاثا وأطلق ، فان استأجرهم غيرهم ليستقوا له ماء . قال أبو العباس : ففيه مسألتان كما ذكر في الطحن إن استأجرهم إجارة معينة بأجرة واحدة ففيه قولان ، وإن استأجرهم في ذممهم صح قولا واحداً والله تعالى أعلم .

ويستخلص مما مضى أنه يجوز عندنا على أحـد الوجهين اشتراك مالين وبدن صاحب أحـدهما على سبيل الشركة والمضاربة معا بصورة يمتنع فيها الغرر مثل أن يشترك رجلان بينهما ثلاثة ٣ آلاف درهم لأحـدهم ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين على أن يتصرف صاحب الألف على أن يكون الربح بينهما نصفين ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعـامل ، حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصة مال شريكه أربعة أسهم سهم للعامل وهو الربع .

وقال مالك : لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . دليلنا : أنهما لم يجعلا أحـــد العقدين شرطا للآخر ، فلم نمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً .

(مسألة) إذا اشـترى الشريكان عينا فوجدا به عيبا ، فإن اتفقا على رده وإمساكه فلا كلام ؛ وإن أراد أحدهم الرد والآخر الامساك . فإن كانا قد عقدا جميعا عقد البيع فلأحدهما أن يرد نصيبه دون نصيب شريكه ، وقد مضى ذكرهما في البيوع ؛ وإن تولى أحدهما عقد البيع له ولشريكه فإن كان لم يذكر أنه يشترى له ولشريكه ثم قال بعد ذلك : كنت اشتريت لى ولشريكى لم يقبل قوله على البائع

لان الظاهر أنه اشترى لنفسه ، وإن كان قد ذكر فى الشراء أنه لنفسه ولشريكه فهل له أن يرد حصته دون شريكه ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما له ذلك ، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين فصار كما لو اشتريا بأنفسهما . والثانى : ليس له الرد ، وإن ذكر أنه يشترى له ولشريكه ، فحكم العقد له ، ألا ترى أنه لو اشترى سيارة فقال : اشتريتها لخالد فقال خالد : ما أذنت له كان الشراء لازما للمشترى .

فأما إذا باع لرجل سيارة ثم قال : كانت بينى وبين فلان ، فان باعها مطلقا ثم قال بعد ذلك : إنها بينه وبين غيره لم يقبل قوله على المشترى ، لأن الظاهر أنه باع ملكه . قال الشيخ أبو حامد فيحلف المشترى أنه لا يعلم ذلك ، فان أقام الشريك بينة أنها بينه وبينه حكم له بذلك ، فان كان قد أذن له بالبيع صح ، وان لم يأذن له كان القول قوله أنه ما أذن له ، لان الاصل عدم الاذن . فان ذكر البائع حين البيع أنها بينه وبين شريكه قبل قوله ، لانه مقر على نفسه فى ملكه . وان أقر الشريك أنه أذن له فى البيع نفذ البيع ؛ وان لم يقر بالاذن ولا بينة عليه حلف أنه ما أذن له وبطل البيع ، لان الاصل عدم الاذن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والشريك أمين فيما فى يده من مال شريكه فان هلك المال فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لانه نائب عنه فى الحفظ والتصرف ، فكان الهالك فى يده كالهالك فى يده ، فان ادعى الهلاك — فان كان بسبب ظاهر — لم يقبل حتى يقيم البينة عليه ، فاذا أقام البينة على السبب فالقول قوله فى الهلاك مع يمينه ، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة ، لانه يتعذر اقامة البينة على الهلاك ، فكان القول قوله مع يمينه . وان ادعى عليه الشريك خيانة وأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم الخيانة . وان كان فى يده عين وادعى شريكه أن ذلك من مال الشركة ، وادعى هو أنه له فالقول قوله مع يمينه ، لان الظاهر مما فى يده أنه ملكه فان اشترى شيئا فيه ربح فادعى الشريك أنه اشتراه للشركة ، وادعى هو أنه اشتراه لنفسه أو اشترى شيئا فيه خسارة ، وادعى

الشريك أنه اشتراه لنفسه ، وادعى هو أنه اشتراه للشركة . فالقول قوله . لأنه أعرف بعقده ونيته

(الشرح) الأحكام : الشريك أمين فيما في يده من مال الشركة . فإن تلف في يده شيء منه من غير تفريط لم يجب عليه ضمانه ، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك : وللأمانة أن تحفظ بدعامتين من الصدق والثقة ، فان ادعى الهلاك بسبب ظاهر لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على السبب الظاهر ، لأنه يمكنه إقامة البينة عليه ، فإن شهدت البينة بصدق قوله وترتب الهلاك على السبب الظاهر فلا كلام . وإن شهدت البينة بالسبب ولم تذكر هلاك المال فالقول قول الشريك مع يمينه أنه هلك بذلك . وإن ادعى الهلاك بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه لأنه يتعذر عليه إقامة البينة مع الهلاك .

وإن ادعى الشريك على شريكه جناية لم تسمع دعواه حتى يبين قدر الجناية فاذا بينها فأنكرها الآخر ، ولا بينة على المنكر فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الجناية .

وإن اشترى أحد الشريكين شيئا فيه ربح ، فقال شريكه اشتريته شركة بيننا وقال المشتري : بل اشتريته لنفسي فالقول قول المشتري مع يمينه

وإن اشترى شيئا فيه خسارة ، فقال المشتري : اشتريته شركة بيننا . وقال الآخر : بل اشتريته لنفسك فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أعرف بعقده ولأن الأصل عدم الخيانة .

(فرع) إذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بالتصرف ، فاشترى أحدهما شيئا للشركة بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله : فان اشترى ذلك بثمن في ذمته لزم المشتري جميع ما اشتراه ، ولا يلزم شريكه ذلك ؛ لأن الإذن يقتضي الشراء بثمن المثل ، فان دفع الثمن من مال الشركة ضمن نصيب شريكه بذلك لأنه تعدى بذلك . وإن اشتراه بعين مال الشركة لم يصح الشراء في نصيب الشريك ، لأن العقد متعلق بعين المال . وهل يبطل في نصيب المشتري ؟ فيه قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة .

فإذا قلنا يبطل فهما على شركتهما كما كانت وإن قلنا يصح الشراء فى نصيبه انفسخت الشركة بينهما فى قدر الثمن ، لأن حقه من الثمن قد صار للبائع ، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن ، ويكون هو شريك البائع فى السلعة . فان باع أحد الشريكين شيئا من مال الشركة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله بطل البيع فى نصيب شريكه لأن مطلق الإذن يقتضى البيع بثمن المثل

وهل يبطل البيع فى نصيب البائع ؟ فيه قولان بناء على القولين ، إن قلنا يبطل فهما على الشركة كما كانا ، وإن قلنا لا يبطل بطلت الشركة بينهما فى المبيع ، لأن حصته منها صارت المشترى للابتياع ، فيكون المشترى شريك شريكه .

قال أبو إسحاق : ولا يضمن البائع نصيب شريكه ما لم يسلمه ، لأن ذلك موضع اجتهاد لوجود الاختلاف فيه ، ولو أودع عند رجل عيناً فباعها المودع فانه يضمن ذلك بفسخ البيع إن لم يسلم ، لأن المودع لا يجوز له البيع بالإجماع ؛ واستضعف الشيخ أبو حامد هذا وقال : هو متعد بالبيع ، فلا فرق بين أن يكون مختلفا فيه أو مجمعا عليه . ألا ترى أنه إذا ضمن وإن كان مختلفا فيه .

(فرع) إذا كانت بهيمة بين اثنين فجاء رجل أجنبي وأزال يد أحد الشريكين من البهيمة صار غاصبا لحصته منها ؛ وإن كانت مشاعا لأن الغصب أزال اليد ، وذلك يوجد فى المشاع كما يوجد فى المقسوم . ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما دار فجاء رجل وأخرج أحدهما من الدار وقعد فيه مكانه كان غاصبا لحصته من الدار . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد

فاذا باع الغاصب والشريك الذى لم يغصب منه البهيمة صفقة واحدة من رجل ، فان الشافعى رضى الله عنه قال : يصح البيع فى نصيب المالك ، ويبطل فيما باعه الغاصب .

قال العمرانى : واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هى على قولين بناء على القولين فى تفريق الصفقة . ومنهم من قال : يصح البيع فى نصيب المالك قولا واحدا ، لأن عقد الواحد مع الإثنين بمنزلة العقدين ، فلا يفسد أحدهما بفساد الآخر . وإن وكل الشريك الذى لم يغصب منه الغاصب فى بيع نصيبه فباع جميع

العين صفقة واحدة . فان باع وأطلق ولم يذكر الشريك الموكل لم يصح البيع فى نصيب المغصوب منه .

وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ فيه قولان . وان ذكر الغاصب فى البيع أنه وكيل فى بيع نصفه لم يصح بيع نصيب المغصوب منه . وهل يصح البيع فى نصيب الموكل ؟ على الطريقين فى المسألة قبلها لأنه بمنزلة العقدين . وان غصب الشريك نصيب شريكه فباع العبد صفقة واحدة بطل البيع فى نصيب المغصوب منه . وهل يبطل فى نصيبه ؟ فيه قولان . والله تعالى أ. لم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان بينهما عبد فأذن أحدهما لصاحبه فى بيعه فباعه بألف ثم أقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى وادعى المشترى ذلك وأنكر البائع . فان المشترى يبرأ من حصة الشريك الذى لم يبع لأنه أقر أنه سلم حصته من الثمن الى شريكه باذنه وتبقى الخصومة بين البائع وبين المشترى وبين الشريكين

فان تحاكم البائع والمشترى . فان كان للمشترى بينة بتسليم الثمن قضى له وان لم يكن له من يشهد غير الشريك الذى لم يبع فان شهادته مردودة فى قبض حصته — لأنه يجر بها الى نفسه نفعا — وهو حق الرجوع عليه بما قبض من حصته .

وهل ترد فى حصة البائع ؟ فيه قولان :

فان قلنا تقبل حلف معه المشترى ويبرأ . وان قلنا لا تقبل أو لم يكن عدلا فالقول قول البائع مع يمينه إنه لم يقبض . فان حلف أخذ منه نصف الثمن وليس للشريك الذى لم يبع أن يأخذ مما أخذ البائع شيئا . لأنه أقر أنه قد أخذ الحق مرة . وإن ما أخذه الآن أخذه ظلما فلا يجوز أن يأخذ منه . وان نكل البائع حلف المشترى ويبرأ

وإن تحاكم الشريكان — فإن كان للذى لم يبع بينة بأن البائع قبض الثمن — رجع عليه بحصته ، وإن لم تكن له بينة حلف البائع أنه لم يقبض ويبرأ ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الذى لم يبع فيحلف ويأخذ منه حصته وان ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الآلاف من المشترى وادعاه المشترى وأنكر الذى لم يبع نظرت ، فإن كان الذى لم يبع مأذونا له فى القبض برئت ذمة المشترى من نصيب البائع ؛ لأنه أقر أنه سلمه إلى شريكه باذنه . وتبقى الخصومة بين الذى لم يبع وبين المشترى وبين الشريكين ، فيكون البائع ههنا كالذى لم يبع ، والذى لم يبع كالبائع فى المسئلة قبلها ، وقد بيناه .

وإن لم يكن واحد منهما مأذونا له فى القبض لم تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن ، لأن الذى باعه أقر بالتسليم إلى من لم يأذن له ، والذى لم يبع أنكر القبض ؛ فان تحاكم البائع والمشترى أخذ البائع منه حقه من غير يمين ، لأنه سلمه الى شريكه بغير إذنه .

وإن تحاكم المشترى والذى لم يبع ، فان كان للمشترى بينة برىء من حقه ، وان لم يكن له من يشهد غير البائع — فان كان عدلا — قبلت شهادته لأنه لا يجر بهذه الشهادة الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فاذا شهد حلف معه المشترى وبرىء ، وان لم يكن عدلا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، فاذا حلف أخذ منه حقه .

وان كان البائع مأذونا له فى القبض والذى لم يبع غير مأذون له ، وتحاكم البائع والمشترى قبض منه حقه من غير يمين ، لانه سلمه الى شريكه من غير اذنه وهل للشريك الذى لم يبع مشاركته فيما أخذ . قال المزنى : له مشاركته وهو بالخيار بين أن يأخذ من المشترى خمسمائة ، وبين أن يأخذ من المشترى مائتين وخمسين ، ومن الشريك مائتين وخمسين .

وقال أبو العباس : لا يأخذ منه شيئا لانه لما أقر أن الذى لم يبع قبض جميع الثمن عزل نفسه من الوكالة فى القبض ؛ لأنه لم يبق له ما يتوكل فى قبضه ، فلا يأخذ بعد العزل الا حق نفسه ، فلا يجوز للذى لم يبع أن يشاركه فيه ، فان

تحاكم المشترى والذى لم يبع فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض ، لان الاصل عدم القبض ، فان كان للمشترى بينة قضى له وبرىء ، وان لم يكن له من يشهد الا البائع لم تقبل شهادته على قول المزنى ، لانه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة ضررا وهو رجوع الشريك الذى لم يبع عليه بنصف ما فى يده ، وعلى قول أبى العباس تقبل شهادته قولا واحدا ، لأنه لا يدفع بشهادته ضررا لانه لا رجوع له عليه .

(الشرح) الاحكام : اذا كانت الشركة بينهما مناصفة فى شىء فأذن أحدهما لصاحبه ببيع نصيبه منه وقبض ثمنه ، أو قلنا : انه يملك القبض بمقتضى الوكالة فى البيع فباع العين المشتركة من رجل بألف ، ثم أقر الشريك الذى لم يبع أن البائع قبض الألف من المشترى ، وادعى ذلك المشترى وأنكر البائع فإن المشترى يبرأ من نصيب الشريك الذى لم يبع ، لأنه اعترف أنه سلم ما يستحقه عليه من الثمن إلى شريكه بإذنه ، ثم تبقى الخصومة بين الشريكين وبين البائع والمشترى ، فان تحاكم البائع والمشترى ، فان أقام المشترى بينة شاهدين أو شاهداً وإمرأتين بأنه قد سلم اليه الألف حكم على البائع أنه قد قبض الألف وبرىء المشترى منها ولزم البائع بذلك تسليم خمسمائة إلى الذى لم يبع ، وإن لم يكن مع المشترى من يشهد له غير الشريك الذى لم يبع فان شهادته فى نصيبه لا تقبل على البائع .

وهل تقبل شهادته فى نصيب البائع ؟ فيه قولان ، فان قلنا : انها تقبل حلف عنه المشترى وبرىء من حصة البائع . وان قلنا : لا تقبل أو كان فاسقا فالقول قول البائع مع يمينه أنه ما قبض الالف ولا شيئا منها ، لان الاصل عدم القبض فاذا حلف أخذ منه خمسمائة درهم ، ولا يشاركه الذى لم يبع ، لانه لما أقر أن البائع قد قبض الالف اعترف ببراءة ذمة المشترى من الثمن ، وأنه يأخذه الآن ظلما فلا يشاركه فيه .

وان نكل البائع عن اليمين حلف المشترى أنه قد سلم اليه الالف ، وبرىء من الالف ، ولا يستحق الشريك الذى لم يبع على البائع بيمين المشترى شيئا ،

سواء قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه بمنزلة الإقرار من المدعى عليه أو بمنزلة إقامة البينة من المدعى ، لأنا إنما نجعل ذلك فى حق المتحالفين فى حق غيرهما .

وكذا لو أقام المشترى شاهداً واحداً وحلف معه فإنه يبرأ من الألف ، ولا يرجع الذى لم يبع على البائع بشىء إلا إذا حلف مع الشاهد ، بخلاف ما لو أقام المشترى بينة ، فانه يحكم بها للمشترى وللذى لم يبع

وإن بدأ الشريكان فتحاكما — فان كان للشريك الذى لم يبع بينة أن البائع قبض الألف فأقامها — حكم بها على البائع للمشترى وللذى لم يبع ، وإن لم يكن له بينة غير المشترى لم تقبل شهادته للمشترى قولا واحداً ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فيحلف البائع أنه لم يقبض الألف ولا شيئا منها ويسقط حق الذى لم يبع من كل جهة .

وإن نكل البائع عن اليمين فرد اليمين على الذى لم يبع لحلف استحق الرجوع على البائع بخمسمائة ، ولا يثبت حق المشترى على البائع ، سواء قلنا إن يمين الذى لم يبع بمنزلة إقرار البائع أو بمنزلة قيام البينة عليه ، لأن ذلك إنما يحكم به فى حق المتحالفين لا فى حق غيرهما . ولأن اليمين حجة فى حق الحالف لا تدخلها النيابة فلم يثبت بيمينه حق غيره بخلاف البينة . هكذا ذكر عامة أصحابنا . وذكر أبو على الشيخى وجهاً لبعض أصحابنا أنه ثبت باليمين والنكول جميع الثمن على البائع فى هذه وفى التى قبلها ، وهو إذا حلف المشترى مع نكول البائع كما قلنا فى البينة وليس بشىء .

وإن ادعى البائع أن الذى لم يبع قبض الألف من المشترى ، وادعى المشترى ذلك وأنكر الذى لم يبع ، فلا يخلو من أربعة أقسام . إما أن يكون كل واحد منهما مأذونا له فى القبض ، أو كان الذى لم يبع مأذونا فى القبض وحده أو كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض ؛ أو كان البائع مأذونا له فى القبض وحده .

فان كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه بالقبض ، أو كان البائع قد أذن

للذى لم يبع بقبض نصيبه وحده ، فان المشترى يبرأ من نصيب البائع من الثمن لأنه أقر أنه دفع حقه إلى وكيله فيكون النظر إلى هذه المسألة كالنظر فى التى قبلها إلا أن البائع ههنا يكون كالذى لم يبع هناك . والذى لم يبع ههنا كالبائع هناك على ما ذكرنا حرفا بحرف .

قال العمرانى : وإن كان كل واحد منهما غير مأذون له فى القبض فانه باقرار البائع أن الذى لم يبع قبض الالف لا تبرأ ذمة المشترى من شىء من الثمن : لأن البائع أقر بتسليم حصته من الالف إلى غير وكيله ، والذى لم يبع ينكر القبض فيأخذ البائع حقه من الثمن من غير يمين ، وتبقى الخصومة بين الذى لم يبع وبين المشترى ، فان طالب الذى لم يبع المشترى بحقه من الثمن ، فان كان مع المشترى بينة حكم له بها على الذى لم يبع . وإن لم يكن له بينة غير البائع وهو عدل حلف معه وحكم ببراءة ذمة المشترى من نصيب الذى لم يبع قولا واحداً

والفرق بين هذه وبين المسائل المتقدمة أن هناك ردت شهادته فى القبض للتهمة ، وههنا لم ترد شهادته فى شىء أصلا ، وإن لم يكن البائع عدلا ، أو كان ممن لا تقبل شهادة المشترى بأن يكون والده أو ولده ، أو كان ممن لا تقبل شهادته على الذى لم يبع بأن يكون عدواً له ، فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه ، لأنه لم يقبض الالف ولا شيئا منه ، فاذا حلف أخذ حقه من الثمن ، وان نكل حلف المشترى وبرىء من حق الذى لم يبع

وأما إذا كان البائع قد أذن له الذى لم يقبض حقه ، وقلنا ان الاول فى البيع يقتضى قبض الثمن ولم يأذن البائع الذى لم يبع بقبض حقه من الثمن ، فان باقرار البائع لا تبرأ ذمة المشترى من نصيب البائع من الثمن ، لأنه يقر أنه دفع ذلك الى غير وكيله .

وأما نصيب الذى لم يبع ، فان المزنى نقل أن المشترى يبرأ من نصف الثمن باقراره البائع أن شريكه قد قبض ، لأنه فى ذلك أمين . فمن أصحابنا من خطأه فى النقل وقالوا هذا مذهب أهل العراق . وأن إقرار الوكيل يقبل على الموكل .

فيحتمل أن يكون الشافعي رحمه الله ذكر ذلك . قال : وبه قال محمد بن الحسن رحمه الله ، فظن المزني أنه أراد بذلك نفسه ، ولم يرد الشافعي رحمه الله تعالى إلا محمد بن الحسن

ومن أصحابنا من اعتذر للمزني وقال : معنى قوله « يبرأ المشتري من نصف الثمن يريد به في حق البائع . فان البائع كان له المطالبة بجميع الالف فلما أقر أن شريكه قبض الالف سقطت مطالبته بالنصف

إذا ثبت هذا وأن المشتري لا يبرأ من شيء من الثمن فان البائع يأخذ خمسمائة من غير يمين ، فاذا قبض ذلك فهل للذي لم يبع أن يشارك البائع بما قبضه ؟ نقل المزني أن له أن يشاركه فيما قبضه ، وبه قال بعض أصحابنا ، لأن الذي لم يبع يقول : قد أخذ البائع خمسمائة من المشتري بحق مشاع بيني وبينه ، وقول البائع : إنه أخذه لنفسه لا يقبل على الذي لم يبع لأن المال إذا كان مشاعا بين اثنين فقبض أحدهما منه شيئا ثم قال قبضته لنفسي لم يقبل

وقال أبو العباس والمصنف وعامة الأصحاب : لا يشاركه فيما قبض ، لأن البائع لما أقر أن الذي لم يبع قد قبض الثمن تضمن ذلك عزل نفسه من الوكالة لأنه لم يبق ما يتوكل فيه

فان قلنا بقول المزني كان الذي لم يبع بالخيار بين أن يطالب المشتري بخمسمائة وبين أن يأخذ من البائع مائتين وخمسين ومن المشتري مائتين وخمسين فاذا أخذ من البائع مائتين وخمسين لم يكن للبائع أن يرجع بها على المشتري ، لأنه يقول : ان الذي لم يبع ظلمه بها فلا يرجع بها على غير من ظلمه

وإن قلنا بقول أبي العباس ومن تابعه لم يكن للذي لم يبع أن يشارك البائع بشيء مما أخذ ، بل له أن يطالب المشتري بحقه من الثمن وهو خمسمائة فاذا طالب الذي لم يبع المشتري — فإن كان مع المشتري بينة على الذي لم يبع أنه قبض منه الالف — برىء من نصيبه من الثمن ، وكان له أن يرجع عليه بخمسمائة لأنه قبض منه ألفا ولا يستحق عليه إلا خمسمائة .

وإن لم يكن مع المشتري من يشهد له بقبض الذي لم يبع الألف غير البائع وكان عدلا ، فهل تقبل شهادته ، إن قلنا بقول أبي العباس : إن الذي لم يبع

لا يشارك البائع فيما قبض قبلت شهادته عليه ، فيحلف معه المشترى وتبرأ ذمته من حقه من الثمن ، ويرجع عليه بخمسمائة لانه لايدفع بشهادته عن نفسه ضررا ولا يجر بها الى نفسه نفعا

وان قلنا بقول المزنى ومن تابعه : ان الذى لم يبع يشارك البائع فيما قبض لم تقبل شهادته ، لانه يدفع بها عن نفسه ضررا وهو حق الرجوع عليه بنصف ما قبض ، لانه اذا ثبت أنه قد استوفى الخمسمائة من المشترى لم يشارك البائع فى شيء مما قبض .

فإن قلنا : لا تقبل شهادته عليه ، أو كان من لا تقبل شهادته عليه ، أو كان من لاتقبل شهادته لمعنى غير هذا فالقول قول الذى لم يبع مع يمينه أنه لم يقبض الالف ولا شيئا منه فإذا حلف استحق الرجوع بحصته من الثمن على مامضى ، وان نكل عن اليمين لحلف المشترى أنه قد قبض منه الالف برىء من حصته من الثمن ، ويرجع عليه بما زاد على حقه .

(فرع) وان أقر أحد الشريكين أنه باع وقبض الثمن وتلف فى يده وهو مأذون له فأنكر شريكه البيع أو القبض فهل يقبل قول المأذون له ؟ فيه قولان نذكرهما فى الوكالة ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولكل واحد من الشريكين أن يعزل نفسه عن التصرف اذا شاء ؛ لانه وكيل ، وله أن يعزل شريكه عن التصرف فى نصيبه لانه وكيله فيملك عزله فإذا انعزل أحدهما لم ينعزل الآخر عن التصرف ، لأنهما وكيلان ، فلا ينعزل أحدهما بعزل الاخر ، فإن قال أحدهما فسخت الشركة انعزلا جميعاً ، لأن الفسخ يقتضى رفع العقد من الجانبين فانعزلا ، وإن ماتا أو أحدهما انفسخت الشركة ؛ لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوديعة ، وإن جنا أو أحدهما ، أو أغمى عليهما أو على أحدهما ، بطل لأنه بالجنون والاغماء يخرج عن أن يكون من أهل التصرف ولهذا تثبت الولاية عليه فى المال ، فبطل العقد كما لو مات ، والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : إذا اشتركا وأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف ثم عزل أحدهما صاحبه عن التصرف فى نصيبه أو عزل أحدهما نفسه عن التصرف فى نصيب شريكه كانت الشركة باقية إلا أن المعزول لا يتصرف إلا فى نصيب نفسه مشاعا ولا ينعزل الاخر عن التصرف فى نصيب صاحبه مالم يعزله صاحبه ، أو يعزل نفسه ـ أى ينحيها عن التصرف ـ لان تصرف كل واحد منهما فى نصيب شريكه بالاذن ، فإذا عزله المالك أو عزل نفسه انعزل ، وان عزل كل واحد منهما صاحبه ، أو قال أحدهما : عزلت نفسى عن التصرف فى نصيب شريكى وعزلته عن التصرف فى نصيبى انعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب شريكه ، ولا تبطل الشركة بذلك .

وإن قال أحدهما : فسخت الشركة انعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب شريكه ، لان ذلك يقتضى العزل من الجانبين ولا يبطل الاشتراك ، وإن اتفقا على القسمة قسم ، وإن اتفقا على البيع أو التبقية كان لهما ذلك فان دعا أحدهما الى البيع والاخر الى القسمة أجيب من دعا الى القسمة كالمال الموروث بين الورثة وان جن أحدهما أو أغمى عليه انفسخت الشركة وانعزل كل واحد منهما عن التصرف فى نصيب الاخر ، لأن الاذن عقد جائز فبطل بالجنون والاغماء كالوكالة .

(فرع) اذا مات أحدهما انفسخت الشركة وانعزل الباقى منهما عن التصرف فى نصيب الاخر ، لان الاذن عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة .

اذا ثبت هذا : فان لم يكن على الميت دين ولا أوصى بشىء ، وان كان الوارث بالغاً رشيدا فله أن يقيم على الشركة بأن يأذن الاخر فى التصرف ، ويأذن الشريك له ، وله أن يقاسم لان الحق لهما ، فكان لهما أن يفعلا ما شاءا .

قال الشيخ أبو اسحاق : غير أن الأولى أن يقاسمه ، وان كان الحظ فى الشركة لأن الحوالة وقعت وهو رشيد ، وان كان الوارث مولى عليه كان النظر فيه الى وليه ، فان كان الحظ فى الشركة لم يجز له أن يقاسمه ، وان كان الحظ فى القسمة لم يجز له أن يقيم على الشركة ، لان الناظر فى مال المولى عليه لا ينفذ تصرفه فيه الا فيما له حظ . وسواء ان كان المال نقدا أو عرضاً فان الشركة تجوز ، لأن

الشركة انما لا تجوز ابتداء على العروض ، وهذا استدامة للشركة وليس بابتداء عقد ، وان مات وعليه دين لم يجز للوارث أن يأذن فى التصرف بمال الشركة ، لان الدين يتعلق بجميع المال فهو كالمرهون ، فان قضى الدين من غير مال الشركة كان كما لو مات ولا دين عليه ، وهكذا اذا قضى الدين ببعض مال الشركة كان للوارث أن يأذن له فى التصرف فيما بقى ، فان أوصى بثلث ماله أو بشىء من مال الشركة ـ فان كانت الوصية لمعين ـ كان الموصى له شريكا كالوارث ، وله أن يفعل ما يفعل الوارث .

وان كانت الوصية لغير معين لم يجز للوصى الاذن للشريك فى التصرف ، لأنه قد وجب دفعه اليهم ، بل يعزل نصيبه ويفرق عليهم ، فان كان قد أوصى بثلث ماله فأعطى الوارث ثلث الموصى لهم من غير ذلك المال مثله لم يجز له ذلك لان الموصى لهم قد استحقوا ثلث ذلك المال بعينه ، فلا يجوز أن يعطوا من غيره .

مسائل حول الشركة . لو دفع شبكة الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فقياس المذهب أن السمك كله للصياد ، اذا قلنا : ان الآلة تؤجر بأجر معلوم ، فيكون لصاحب الشبكة أجر المثل ، وبهذا لا يكون صاحب الشبكة شريكا فى حصيلة الصيد ، فاذا قلنا : ان الالة لا تؤجر ، وان الصياد قد لا يجد سمكا يحصل فى شبكته فمن أين يأتى بأجر الشبكة وليس لها أجر مثل معلوم فى حين أن أجر الصياد معلوم قضينا بأن صاحب الشبكة له الصيد كله وللصياد أجر مثله على صاحب الشبكة . لان الربح تابع للمال وقياس مذهب أحمد أن الصيد بينهما نصفان جائز على ماشرطاه لانها عين تنمى بالعمل ، فصح دفعها ببعض نمائها كالارض التى دفعها رسول الله صلى الله عليه وسلم لليهود فى خيبر أن يعملوا فيها على الشطر .

الشركات التى تؤسس من بلاد غير بلاد المسلمين لتعمل فى أرض المسلمين لاستخراج خيراتها واستنباط خاماتها واستدرار زيوتها ومعادنها لا تصح إلا إذا قامت على هيمنة المسلمين وسيطرتهم على إدارتها . ويجب على المسلمين أن يبعثوا طائفة منهم تتعلم علوم طبقات الأرض ووسائل استثمار خاماتها وخيراتها ؛ ولو أن المسلمين فقهوا دينهم والتزموا فى سلوكهم بأحكام هذه الفروع الدقيقة

فدانت لهم الأرض ولبرعوا فى شتى علومها الدنيوية وفنونها الحيوية . ولم تتعرض أرضهم للاغتصاب ورقابهم للفناء . وقد عرفنا أن احتلال الكفار للهند وأندونيسيا ومليزيا بدأ بتكوين شركات مالية تعمل على المتاجرة واستغلال الأرض حتى انقلبت إلى سيطرة على المسلمين ، وكذلك فعل اليهود فى فلسطين . فقد بدأوا بعمل شركات وجلبوا لها خبراء وعمالا فنيين ، ثم اتسعوا فى ذلك حتى ابتلعوا ديار المسلمين وأرضهم وأموالهم ، وصاروا خطراً جاثماً قائماً على أنفاسنا ومقدراتنا ، فليتنا ننتبه إلى خطر الترخص فى معاملة غير المسلمين . والله الموفق للصواب ، وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوكالة

(الشرح) الوكالة مشتقة من وكل يكل الأمر اليه . إذا أنابه عنه واعتمد عليه لعجز أو طلب للراحة ، وفى الحديث: اللهم لا تكلنا إلى أنفسنا . وأيضا « من تعلق تميمة وكل أمره اليها » كأن الله قد تخلى عنه وجرده من عنايته به فصار أمره إلى نفسه أو إلى التميمة التى يتعلقها . والوكالة جائزة بالكتاب والسنة والإجماع .

فأما الكتاب فقوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) الآية ٦٠ من سورة التوبة . فجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين فى تحصيل حقوقهم .

ويقول القاضى أبو بكر بن العربى : قوله تعالى (والعاملين عليها) وهم الذين يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها ، وقال القرطبى فى جامع أحكام القرآن : قوله تعالى (والعاملين عليها) يعنى السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بالتوكل على ذلك .

ومن أدلة الكتاب على جواز الوكالة قوله تعالى (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة ، فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف)

قال ابن العربى فى أحكام القرآن : هذا يدل على صحة عقد الوكالة ، وهو عقد

نيابة أذن الله فيه للحاجة اليه وقيام المصلحة به ، إذ يعجز كل أحـد عن تناول أمور إلا بمعونة من غيره أو يترفه فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك فى العبادات لطفا منه سبحانه ورفقا بضعفة الخليقة ، ذكرها الله كما ترون ، وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما تسمعون . وهو أقوى آية فى الغرض

وقد تعلق بعض علمائنا فى صحة الوكالة من القرآن بقوله تعـالى (والعاملين عليها) وبقوله (اذهبوا بقميصى هـذا فألقوه على وجه أبى يأت بصيراً) وآية القميص ضعيفة فى الاستدلال، وآية العاملين حسنه . وقد روى جابر بن عبد الله قال : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله (ص) ، وقلت له : إنى أريد الخروج إلى خيبر ، فقال ائت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته . رواه أبو داود

وقد جازت فى الطهارة ، وهى عبادة تجوز النيابة فيها فى صب الماء خاصة على أعضاء الوضوء ، ولا تجوز على عركها إلا أن يكون المتوضىء مريضا لا يقدر عليه . وتجوز فى الزكاة فى أخذها وإعطائها . وتجوز النيابة فى الصيام عند الشـافعى وأحمد وجملة من السلف الأول . وكذلك الاعتكاف مثله ، كما تجوز النيابة فى الحج على ما مضى فى أحكام الحج .

وتجوز الوكالة فى البيع — وهو المعاوضه وأنواعها — والرهن وسائر المعاملات من الحجر والحواله والضمان والشركة والإقرار والصلح ، والعاريه كلها أعمال تجوز النيابه فيها .

وكذلك من الكتاب قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) بناء على أنه وكيل .

وأما السنة فقد روى أبو داود والأثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبى لبيد عن عروة بن الجعد قال : عرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم جلب فأعطانى ديناراً ، فقال يا عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة . قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار ، فجئت أسوقهما أو أقودهما ، فلقينى رجل فى الطريق فساومنى فبعت منه شاة بدينار ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة ، فقلت يا رسول الله هذا دينارکم وهذه شاتکم . قال وصنعت

كيف ؟ قال فحدثته الحديث . قال اللهم بارك له فى صفقة يمينه . هذا لفظ رواية الأثرم . وروى أبو داود بإسناده حديث جابر الذى مضى وحديث أبي : استسلف النبي صلى الله عليه وسلم بكراً فجاءت إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكره ، وقد تقدم تخريجه فى السلم ، وحديث ابن أبى أوفى ، وقد مر فى كتاب القرض وكتاب الزكاة . وحديث أبى هريرة : وكلنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حفظ زكاة رمضان . وأعطى عقبة بن عامر غنما يقسمها بين أصحابه ، وقد مر فى كتاب الزكاة .

وفى الوكالة أحاديث كثيرة ستأتى فى فصول هذا الكتاب إن شاء الله تعالى .

وأما الإجماع فهو منعقد على مدى الدهر منذ نزل الوحى إلى اليوم وإلى يوم الدين

قال المصنف رحمه الله تعالى :

تجوز الوكالة فى عقد البيع لما روى عن عروة بن الجعد قال : أعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً أشترى له شاة أو أضحية ، فاشتريت شاتين فبعت إحداها بدينار ، وأتيته بشاة ودينار ، فدعا لى بالبركة . فكان لو اشترى تراباً لربح فيه ، ولأن الحاجة تدعو الى الوكالة فى البيع ، لأنه قد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ اليه لكثرة أشغاله فجاز أن يوكل فيه غيره ، وتجوز فى سائر عقود المعاملات كالرهن والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والوديعه والإعارة والمضاربه والجعاله والمساقاة والإجاره والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لأن الحاجة إلى التوكيل فيها كالحاجة الى التوكيل فى البيع وفى تملك المباحات ، كإحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش قولان .

(أحدهما) لا يصح التوكيل فيها ، لأنه تملك مباح فلم يصح التوكيل فيه ، كالاغتنام (والثانى) يصح ، لأنه تملك مال بسبب لا يتعين عليه ، فجاز أن يوكل فيه كالابتياع والاتهاب . ويخالف الاغتنام لأنه يستحق بالجهاد . وقد تعين عليه بالحضور ، فتعين له ما استحق به .

(الشرح) حديث عروة بن أبي الجعد البارقي رواه البخاري وأحمد وأبو داود والأثرم والترمذي وابن ماجه والدارقطني ، وفي إسناد من عدا البخاري سعيد ابن زيد أخو حماد ، وهو مختلف فيه ، عن أبي لبيد لمازة بن زبار ، وقد قيل إنه مجهول ، لكنه قال الحافظ ابن حجر انه وثقه ابن سعد . وقال حرب سمعت أحمد يثني عليه . وقال في التقريب انه ناصبي جلد

قال المنذري والنووي اسناده صحيح لمجيئه من وجهين ، وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقد سمعت الحي يحدثون عن عروة . ورواه الشافعي عن ابن عيينه ، وقال ان صح قلت به . ونقل المزني عنه أنه ليس بثابت عنده . قال البيهقي انما ضعفه لأن الحي غير معروفين . وقال في موضع آخر هو مرسل لأن شبيب بن غرقد لم يسمعه من عروة ، وإنما سمعه من الحي . وقال الرافعي هو مرسل . قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديث الرافعي من فتح العزيز ، الصواب أنه متصل في إسناده مبهم ،

أما الأحكام فإن الإجماع منعقد على أن ما جاز فيه المباشرة من الحقوق جازت فيه الوكاله كالبيع والشراء والاجارة وقضاء الديون والخصومات في المطالبه بالحقوق والتزويج والطلاق ونحو ذلك ، واتفق الائمة على أن اقرار الوكيل على موكله في غير مجلس الحكم لا يقبل بحال . وكذلك اتفقوا على أن اقراره على موكله في الحدود والقصاص غير مقبول ، سواء كان بمجلس الحكم أو غيره . وكذلك اتفقوا على أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري بأكثر من ثمن المثل ولا الى أجل . وعلى أن قول الوكيل مقبول في تلف المال بيمينه . وأما ما اختلفوا فيه فأمور ستأتي منبثة في فروع هذا

وحول حديث عروة في شراء الشاة يقول ابن تيميه رحمه الله تعالى انه يدل على الوكيل في شراء معلوم بمعلوم اذا اشترى به أكثر من المقدر جاز له بيع الفاضل . وكذا ينبغي أن يكون الحكم . وقال صاحب الكافي ، ظاهر كلام أحمد صحة ذلك الحديث عن عروة ،

وفي الحديث دليل على أنه يجوز للوكيل اذا قال له المالك اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها أن يشتري به شاتين بالصفة المذكورة ، لأن مقصود الموكل قد

حصل وزاد الوكيل خيراً ، ومثل هذا لو أمره أن يبيع شاة بدرهم فباعها بدرهمين أو بأن يشتريها بدرهم فاشتراها بنصف درهم ، وهو الصحيح عندنا كما نقله النووى فى زيادات الروضة .

وقد استدل بهذا الحديث على صحة بيع الفضولى ، وهو الذى يبيع مالا يملك أو ما ليس مأذونا فى بيعه ، وهو قول مالك وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، والشافعى فى القديم ، وقواه النووى فى الروضة ، وهو مروى عن جماعة من السلف منهم على وابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، واليه ذهب الزيدية

وقال الشافعى فى الجديد وأصحابه : إن البيع الموقوف والشراء الموقوف باطلان لحديث « لا تبع ما ليس عندك » وأجابوا عن حديث عروة بما فيه من المقال . وعلى تقدير الصحة فيمكن أن يكون وكيلا فى البيع أيضا بقرينة فهمها من النبى صلى الله عليه وسلم .

وقال أبو حنيفة : إنه يكون البيع الموقوف صحيحا دون الشراء . والوجه أن الإخراج عن ملك المالك مفتقر إلى إذنه بخلاف الإدخال : ويجاب بأن الادخال للمبيع فى الملك يستلزم الإخراج من الملك للثمن . وروى عن مالك العكس من قول أبى حنيفة ، فإن صح فهو قوى فإن فيه جمعا بين الأحاديث

وأما الوكالة فى تملك المباحات كإحياء الموات واستقاء المـــاء والاصطياد والاحتشاش فعلى قولين (أحدهما) لا يصح فيها لأنه تملك مباح ، فهل يكون بتملكه بوضع يده نائبا عن غيره من نفسه ، كأنه قد حاز شيئا ثم وهبه فلم يصح التوكيل فيه كالغنيمة ، لا يخرج المجاهد بالغنيمة وكيلا لغيره

(والثانى) يصح ، لأنه امتلاك مالا بسبب لا يتعين عليه فجاز أن يوكل فيه كسائر المعاملات من المعاوضات والهبات . قال فى روضة الطالب : يجوز التوكيل فى تملك المباحات وإحياء الموات والالتقاط ، ويخالف الاغتنام لأنه لا يستحق إلا بالجهاد ، والجهاد لا وكالة فيه ، لأنه يتعين عليه بالحضور الملحمة ، فاستحق قسمه وسهمه فتعين له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز التوكيل فى عقد النكاح لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم

وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة ، ويجوز في الطلاق والخلع والعتاق لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه كما تدعو الى التوكيل في البيع والنكاح ، ولا يجوز التوكيل في الإيلاء والظهار واللعان ، لأنها أيمان فلا تحتمل التوكيل . وفي الرجعة وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه كما لا يجوز في الايلاء والظهار (والثاني) أنه يجوز ، وهو الصحيح ، فإنه إصلاح للنكاح ، فإذا جاز في النكاح جاز في الرجعة .

(الشرح) حديث زواج أم حبيبة رضى الله عنها أخرجه أبو داود وأحمد والنسائي عن عروة عن أم حبيبة ولفظ أبي داود ، أنه زوجها النجاشي النبي (ص) وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم وبعث بها إلى النبي (ص) مع شرحبيل بن حسنة ، وأخرج أبو داود أيضا من حديث الزهري مرسلا ، أن النجاشي زوج أم حبيبة بنت أبي سفيان من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق أربعة آلاف درهم وكتب بذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

وكانت أم حبيبه مهاجرة الى أرض الحبشه مع زوجها عبد الله بن جحش فمات بتلك الأرض فزوجها النجاشي للنبي صلى الله عليه وسلم

وقد وكل النبي (ص) أبا رافع في نكاح ميمونة وقد مضى تخريجه في كتاب الحج في أحكام نكاح المحرم ووجه الصواب في ذلك .

أما الأحكام فإنه يصح من كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة كالزواج . وهل يصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه . ذكر أصحابنا في ذلك وجهين (أحدهما) يجوز توكيله لأنه ليس بولي . ووجه الوجه الآخر أنه موجب النكاح فأشبه الولي .

وقد صحح الأئمة التوكيل في عقد النكاح في الايجاب والقبول ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أميه وأبا رافع في قبول النكاح له ، ولأن الحاجة تدعو اليه فإنه ربما احتاج الى التزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه .

وفي الرجعة وجهان (أحدهما) أنه يجري مجرى الايلاء والظهار فلا يجوز التوكيل (والثاني) وهو الصحيح أنه إصلاح لما فسد من النكاح ، فإذا صح التوكيل في عقد النكاح ابتداء فقد صح في استئنافه وإعادته فجاز . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز التوكيل فى اثبات الاموال والخصومه فيها لما روى أن علياً كرم الله وجهه وكل عقيلا (رض) عند أبي بكر وعمر رضى الله عنهما وقال: ما قضي له فلي وما قضي عليه فعلي، ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان (رض) وقال علي: إن للخصومات قحما. قال أبو زياد الكلابي: القحم المهالك، ولأن الحاجه تدعو الى التوكيل فى الخصومات لأنه قد يكون له حق أو يدعى عليه حق ولا يحسن الخصومه فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه، فجاز ان يوكل فيه. ويجوز ذلك من غير رضى الخصم، لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه كالتوكيل فى قبض الديون، ويجوز التوكيل فى إثبات القصاص وحد القذف لانه حق آدمى فجاز التوكيل فى إثباته كالمال، ولا يجوز التوكيل فى إثبات حدود الله تعالى لأن الحق له، وقد أمرنا فيه بالدرء والتوصل الى إسقاطه، وبالتوكيل يتوصل الى إيجابه فلم يجز، ويجوز التوكيل فى استيفاء الاموال: لان النبي (ص) بعث العمال لقبض الصدقات وأخذ الجزى. ويجوز فى استيفاء حدود الله تعالى، لان النبي (ص) بعث أنيساً لاقامة الحد وقال: يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، ووكل عثمان (رض) عليا كرم الله وجهه ليقيم حد الشرب على الوليد بن عقبه. وأما القصاص وحد القذف فإنه يجوز التوكيل فى استيفائهما بحضرة الموكل لأن الحاجه تدعو الى التوكيل فيه لانه قد يكون له حد أو قصاص ولا يحسن أن يستوفيه فجاز أن يوكل فيه غيره، وهل يجوز أن يستوفيه فى غيبه الموكل؟ قال فى الوكاله: لا يستوفى، وقال فى الجنايات: ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو، وقبل العلم بالعفو: ففى الضمان قولان. وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبه الموكل، فمن أصحابنا من قال: يجوز قولا واحدا، وهو قول أبي اسحاق: لانه حق يجوز أن يستوفيه بحضرة الموكل فجاز فى غيبته كأخذ المال، وحمل قوله لا يستوفى على الاستحباب، ومنهم من قال لا يجوز قولا واحدا، لان القصاص والحد يحتاط فى إسقاطهما، والعفو مندوب اليه فيهما، فاذا حضر رجونا أن يرحمه فيعفو عنه، وحمل قوله فى الجنايات على أنه أراد اذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا ولم يسمع الوكيل فقتل.

ومنهم من قال فيه قولان . أحدهما يجوز ، والثانى لا يجوز ووجههما ماذكرناه

﴿ فصل ﴾ ويجوز التوكيل فى فسخ العقود لأنه إذا جاز التوكيل فى عقدها ففى فسخها أولى ، ويجوز أن يوكل فى الابراء من الديون ، لانه إذا جاز التوكيل فى إثباتها واستيفائها جاز التوكيل فى الابراء عنها ، وفى التوكيل فى الاقرار وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأنه اثبات مال فى الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع .

(والثانى) لا يجوز ، وهو قول أبى العباس ، لأنه توكيل فى الاخبار عن حق فلم يجز كالتوكيل فى الشهادة بالحق ، فإذا قلنا : لا يجوز فهل يكون توكيله اقرارا ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه اقرار ، لأنه لم يوكل فى الاقرار بالحق الا والحق واجب عليه

(والثانى) أنه لا يكون اقرارا كما لا يكون التوكيل فى الابراء ابراء .

(الشرح) حديث أنيس سيأتى فى كتاب الحدود وقد أخرجه البخارى ومسلم وقصة توكيل على لأخيه عقيل وابن أخيه عبد الله بن جعفر . قال الشافعى فى الأم : وأقبل الوكالة من الحاضر من الرجال والنساء فى العذر وغير العذر ، وقد كان على بن أبى طالب وكل عند عثمان عبد الله بن جعفر ، وعلى حاضر ، فقيل : ذلك عثمان وكان يوكل قبل عبد الله بن جعفر عقيل بن أبى طالب ولا أحسبه الا كان يوكله عند عمر ، ولعل عند أبى بكر ؛ وكان على يقول : ان للخصومة قحما ، وان الشيطان يحضرها اه .

وأما أحكام الفصل : أنه يجوز التوكيل فى اثبات حقوق الله تعالى وحقوق العباد ، فإذا كان لرجل خصومة لرجل على شىء فوكل غيره عنه كما فعل على حين وكل عقيلا أخاه عند أبى بكر وعبد الله بن جعفر بن أخيه عند عثمان وقال : ان للخصومة قحما ، وان الشيطان ليحضرها ، وانى لأكره أن أحضرها ، قال أبو زياد الكلابى : القحم المهالك ، وهذه الروايات تحتاج الى تحرير وتخريج الا أن ابن قدامة فى المغنى يقول : وهذه قصص قد انتشرت ، لانها فى مظنة الشهرة فلم ينقل انكارها ، ولان الحاجة تدعو الى ذلك ، فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة ؛ أو لا يحب أن يتولاها بنفسه .

قلت : ولأصحابنا وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة .

(والثانى) يجوز ، وهو الصحيح ، واليه ذهب المصنف رحمه الله تعالى ، ولا يشترط فى صحة التوكيل رضى الخصم ؛ لأنه توكيل فى حقه فلا يعتبر فيه رضى من عليه الحق كالتوكيل فى قبض الديون ، وبهذا قال الشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم من أن وكالة الحاضر صحيحة ، وان لم يرض الخصم بشرط أن لا يكون الوكيل عدوا للخصم . وقال أبو حنيفة : لا تصح وكالة الحاضر الا برضى الخصم الا أن يكون الموكل مريضاً أو مسافرا على ثلاثة أيام فيجوز حينئذ

وأما التوكيل فى الجنايات فينقسم الى قسمين :

(أحدهما) التوكيل فى اثبات الجناية فهذا غير جائز ، لأن الحق لله تعالى وقد أمرنا فيه بالدرء لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » وأمرنا بالتوصل الى اسقاطه وقد يتوصل بالتوكيل الى ايجابه فلم يجز .

(القسم الثانى) وهو استيفاء حدود الله تعالى ، كالقصاص وأرش الجناية وحد القذف وكل ماتعلق به حق للعباد ، وكذلك فى اقامة الحد بعد ثبوت الجناية لان النبى صلى الله عليه وسلم قال لانيس اذهب الى امرأة فلان فان اعترفت فارجمها فعلق الجزاء على شرط الاعتراف ، وكذلك يمكن التوكيل فى حضرة الموكل ، وهذه العبارة التى ساقها المصنف فى قوله : فانه يجوز التوكيل فى استيفائها بحضرة الموكل ، لأن الحاجة تدعو الى التوكيل فيه ، لانه قد يكون له حد أو قصاص الخ عبارته . تدل هذه العبارة على صحة ماانقسم به عصرنا هذا من تخصيص فريق من الدارسين لأحكام الشرع وفقه الفروع يتوكلون عن أصحاب الخصومات فى عمل الاجراءات التى يترافعون بها فى ساحة المحاكم ومجالس القضاء ويسمونهم بالمحامين .

(فرع) قال الشافعى فى الجنايات : ولو وكل فتنحى به فعفا الموكل فقتله الوكيل بعد العفو وقبل العلم بالعفو ، فعلى من يكون الضمان ؟ على القاتل الذى لم يعلم بعفو موكله ؟ أم على الموكل الذى لم يحتط فوقع القتل ؟

قال المصنف فيه قولان ، وهذا يدل على أنه يجوز أن يقتص مع غيبة الموكل فمن أصحابنا من قال : يجوز قولا واحدا ، وهو قول أبى إسحاق المروزى ، لأنه حق يجوز استيفاؤه بحضرة الموكل لجاز فى غيبته : كقبض الدين ، وحمل قوله : لا يستوفى الذى قاله الشافعى فى الوكالة على الاستحباب

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز قولا واحدا ، لأن الحد والقصاص إذا عرفنا أننا مأمورون بالدرء والاحتياط والتماس الشبهات الصارفة عن الادانة وعرفنا مع ذلك أن العفو مندوب اليه بل رغب الله فيه وقال « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه بإحسان » ومن ثم كان رجاؤنا أن يرحم أخاه فيعفو عنه ، ومن هنا حمل قول الشافعى فى الجنايات على أنه أراد إذا تنحى به ولم يغب عن عينه فعفا عنه من حيث لم يسمع الوكيل صيغة العفو فقتله ، ووجه القولين بالجواز وعدمه ما ذكرنا والله تعالى أعلم .

(فرع) توكيل مسلم كافرا فى استيفاء قود من مسلم هل يصح ؟ قولان . (أحدهما) لا يصح (والثانى) يصح ، وهو اختيار الرملى فى شرحه للمنهاج للنووى قال : وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه ، وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله ؛ ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وإنما يلزم من عدمه عدمه والأول صحيح والثانى فى غير محله إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأساً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ولا يصح التوكيل إلا ممن يملك التصرف فى الذى يوكل فيه بملك أو ولاية فأما من لا يملك التصرف فى الذى يوكل فيه كالصبي والمجنون والمحجور عليه فى المال والمرأة فى النكاح والفاسق فى تزويج ابنته ، فلا يملك التوكيل فيه لأنه لا يملكه ، فلا يملك أن يملك ذلك غيره ، وأما من لا يملك التصرف إلا بالاذن كالوكيل والعبد المأذون ، فإنه لا يملك التوكيل الا بالاذن لأنه يملك التصرف بالاذن ، فكان توكيله بالاذن ؛ واختلف أصحابنا فى غير الأب والجد من العصبات ، هل يملك التوكيل فى التزويج من غير إذن المرأة ؟ فمنهم من قال :

يملك ، لأنه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع ، فملك التوكيل من غير اذن كالأب والجد ، ومنهم من قال : لا يملك لأنه لا يملك التزويج إلا بإذن فلا يملك التوكيل إلا بإذن كالوكيل والعبد المأذون .

(الشرح) الأحكام : لا يصح التوكيل الا إذا صدر للوكيل من الموكل الذى يملك التصرف عن نفسه فى ملكه أو فيما يولى فيه أو عليه فإذا كان فاقد الأهلية لصغر سن أو جنون أو حجر لسفه أو غيره فإن أولئك لا يصح توكيلهم ماداموا لا يملكون التصرف ، وفاقد الشىء لا يعطيه ، ويلحق بهؤلاء المرأة لا تكون وكيلة عن غيرها من النساء ولو ابنتها فى عقد النكاح ، وكذلك الفاسق المعروف بفسقه فى تزويج ابنته ، لفقده حق الولاية عليها . ويلحق بالمجنون المغمى عليه والنائم ؛ اذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى وانما أبيح توكيل الصبى فيما يكون مصدقا فيه كالخادم والعبد ما دام الصبى مميزا لم يجرب عليه كذب وذلك فى الاذن فى دخول دار وايصال هدية . أما الصبى غير المأمون المجرب الكذب عليه فلا يعتمد قطعا وما حفته قرينة يعتمد قطعا ، وحينئذ يكون العمل بالعلم لا بالخبر .

وأما المرأة فلا تتوكل فى عقد النكاح كما قلنا ايجابا وقبولا .

واختلف فى الجد وغير الأب من العصبات هل يملك التوكيل فى التزويج من غير اذن المرأة ؟ فان قلنا بحصول ولايته عليها من جهة الشرع فملك التوكيل من غير اذنها كالأب وأبى الاب .

ومنهم من قال : لا يملك التزويج الا باذن ، ويكون الاذن بمثابة توكيل منها والحق أن الاذن والتوكيل والولاية الشرعية أمور تحتاج منا الى بيان درجاتها واعطائها ما تستحقه من تقويم فالولاية الشرعية يعطى الولى الحق فى التزويج بغير اذن ولا توكيل ، والتوكيل يعطى الحق للوكيل بالولاية الجعلية أو الولاية العرفية ، والظاهر أن الاولى أقوى فيكتفى فيها بما لا يكتفى فى الثانيه ، وأن باب الاذن أوسع من باب الوكالة ، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر بحمل عدم الصحة

على الوكالة ، والصحة على التصرف ، اذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف ، رد بأنه خطأ صريح مخالف المنقول اذ الابضاع يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الاصح أنه يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ومن لا يملك التصرف فى حق نفسه لنقص فيه كالمرأة فى النكاح والصبى والمجنون فى جميع العقود لم يملك أن يتوكل لغيره لانه اذا لم يملك ذلك فى حق نفسه بحق الملك لم يملكه فى حق غيره بالتوكيل ، ومن ملك التصرف فيما تدخله النيابة فى حق نفسه جاز أن يتوكل فيه لغيره ، لانه يملك فى حق نفسه بحق الملك فملك فى حق غيره بالاذن .

واختلف أصحابنا فى العبد ، هل يجوز أن يتوكل فى قبول النكاح ؟ فمنهم من قال : يجوز ، لأنه يملك قبول العقد لنفسه باذن المولى ، فملك أن يقبل لغيره بالتوكيل ، ومنهم من قال : لا يجوز لانه لا يملك النكاح ، وانما أجيز له القبول لنفسه للحاجة اليه ولا حاجة الى القبول لغيره ، فلم يجز ، واختلفوا فى توكيل المرأة فى طلاق غيرها ، فمنهم من قال : يجوز كما يجوز توكيلها فى طلاقها ، ومنهم من قال : لا يجوز ، لانها لا تملك الطلاق ، وانما أجيز توكيلها فى طلاق نفسها للحاجة ، ولا حاجة الى توكيلها فى طلاق غيرها ، فلم يجز ، ويجوز للفاسق أن يتوكل فى قبول النكاح للزوج ، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه مع الفسق ، فجاز أن يقبل لغيره ، وهل يجوز أن يتوكل فى الايجاب ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لانه موجب للنكاح فلم يجز أن يكون فاسقا كالولى ،
(والثانى) يجوز ، لانه ليس بولى . وانما هو مأمور من جهة الولى ، والولى عدل

(الشرح) الأحكام : بعض أحكام هذا الفصل مضى فى الذى قبله . وقال الرملى فى شرح المنهاج

وشرط الوكيل تعيينه الا فى نحو : من حج عنى فله كذا ، فيبطل : وكلت أحدكما ، نعم ان وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك فى كذا وكل مسلم صح كما بحثه

الشيخ فى شرح منهجه قال : وعليه العمل . وما نظر فيه من قياسة على الموكل فيه غير صحيح فسيأتى الفرق بينهما ، ودعوى أنه يحتاط فى العاقد مالا يحتاط فى المعقود عليه لا التفات له هنا ، إذ الغرض الأعظم الإتيان بالمأذون فيه وصحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه ، وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره . إلى أن قال :

والأصح صحة توكيل عبد فى قبول نكاح وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره وتعبيره بلكن فيه إشارة الى استثناء هذين من عكس الضابط ، وهو من لا تصح مباشرته لنفسه لا يصح توكله ، ويستثنى صحة توكل سفيه فى قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة فى طلاق غيرها ومرتد فى تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه وإنما يصح ذلك إن لم يشرط فى بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه ، وسيأتى فى بابه ما فيه : ورجل فى قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحته أربع والموسر فى قبول نكاح أمة . واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم فى شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح ، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم فى العدة بان نفوذ طلاقه .

وأشار المصنف — يعنى النووى فى المنهاج — فى مسئلة طلاق الكافر المسلمة بأنه يصح طلاقه فى الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه فى جنس ماوكل فيه فى الجملة لا فى عينه ، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات وقياسه جريان ذلك فى الموكل أيضا كما قدمناه ، ومنعه أى توكيل العبد ، أى من فيه رق فى الايجاب للنكاح ، لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى ، ويصح توكيل المكاتب فى تزويج أمته كما بحثه الأذرعى وشرط الموكَّل فيه أن يملكه الموكِّل حالة التوكيل ، وإلا فكيف يأذن فيه ؟

(فرع) إذا جاز للفاسق أن يتزوج وصح تعاقده فجاز أن يتعاقد لغيره على أحد الوجهين لأنه ليس بولى . والولى عـــدل . والوجه الثانى : إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الوكالة إلا بالايجاب والقبول ، لأنه عقد تعلق به حق كل واحد منهما فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، ويجوز القبول على الفور وعلى التراخى .

وقال القاضى أبو حامد المروروذى : لا يجوز إلا على الفور لأنه عقد فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع — والمذهب الأول — لأنه إذن فى التصرف ، والاذن قائم ما لم يرجع فيه ، فجاز القبول . ويجوز القبول بالفعل ، لأنه أذن فى التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالاذن فى أكل الطعام

(الشرح) الأحكام : الوكالة كأى عقد من العقود لا ينقدح فى الذمة إلا بتحقق هذين الشرطين : الايجاب والقبول ، لما يترتب على هذا العقد من حق كل واحد منهما .

فيشترط من الموكل أو نائبه لفظ صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهمه لا لكل أحد يقتضى رضاه كوكلتك فى كذا أو فوضته إليك أو أنبتك فيه أو أقمتك مقامى فيه ، أو أنت وكيلى فيه كبقية العقود ، إذ الشخص ممنوع من التصرف فى مال غيره إلا برضاه ، فلا يصح أن يقول : وكلت من أراد بيع دارى ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الاذن لفساده .

نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد فى إعتاق عبدى هذا أو تزويج أمتى هذه صح على ما بحثه السبكى وأخذ منه صحة قول من لا ولى لها أذنت لكل عاقد فى البلد أن يزوجنى . قال الاذرعى : وهذا إن صح فمحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة ، وبذلك أفتى بن الصلاح ، ويجرى ذلك التعميم فى التوكيل ، إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة .

وقد يشترط القبول هنا لفظا ، كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له فى قبضها فوكل من هى فى يده فى قبضها له ، لا بد من قبول لفظا لتزول يده عنها به .

إذا ثبت هذا فهل يجوز القبول على الفور . أم يصح على التراخى . قولان فالمصنف والأصحاب كافة على جوازه على الفور وعلى التراخى خـلافا للقاضى أبى حامد المروروذى فإنه قال : لا يجوز إلا على الفور كالبيع

(فرع) إذا قال أذنت لك فى إعطاء فلان صكا بمائة دينار فأخرج القلم وأخذ يكتب الصك كان ذلك هو القبول . ومن أصحابنا من اشترط التلفظ بلفظ القبول وهو مرجوح ، إذ لو قال له أذنتك فى الطعام فأقبل على الطعام ولم يقل شـيئا وأكل ألا يكون ذلك قبولا ، وما دام التوكيل أو الاذن القصد منه أداء الفعل فأداه فقد تحقق الغرض من الوكاله أو النيابه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يجوز التوكيل إلا فى تصرف معلوم . فإن قال وكلتك فى كل قليل وكثير لم يصح ، لأنه يدخل فيه مايطيق ومالا يطيق ، فيعظم الضرر ويكثر الغرر . وإن قال وكلتك فى بيع جميع مالى أو قبض جميع ديونى صح ؛ لأنه يعرف ماله ودينه ، وإن قال بع ما شئت من مالى أو اقبض ما شئت من ديونى جاز لأنه إذا عرف ماله ودينه عرف أقصى ما يبيع ويقبض فيقل الغرر .

وإن قال اشتر لى عبداً لم يصح لأن فيه ما يكون بمائة وفيه ما يكون بألف ، فيكثر الغرر ؛ وإن قال اشتر لى عبداً بمائة لم يصح ، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع فيكثر الغرر .

وإن قال اشتر لى عبداً تركيا بمائة جاز ، لأن مع ذكر النوع وقدر الثمن يقل الغرر ، فإن قال اشتر لى عبداً تركياً ولم يقدر الثمن ففيه وجهان . قال أبو العباس يصح لأنه يحمل الأمر على أعلى هذا النوع ثمنا فيقل الغرر . ومن أصحابنا من قال لا يصح لأن أثمان الترك تختلف وتتفاوت ؛ فيكثر الغرر ، وإن وكله فى الابراء لم يجز حتى يبين الجنس الذى يبرىء منه والقدر الذى يبرىء منه ، وان وكله فى الاقرار وقلنا إنه يصح التوكيل فيه لم يجز حتى يبين جنس ما يقر به ، وقدر ما يقر به ؛ لأنه إذا أطلق عظم الضرر وكثر الغرر فلم يجز ، وإن وكله فى

خصومة كل من يخاصمه ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الخصومة معلومة (والثانى) لا يصح ، لأنها قد تقل الخصومات وقد تكثر فيكثر الغرر .

(الشرح) الاحكام : لا يجوز التوكيل إلا فى تصرف معلوم من بعض الوجوه لئلا يعظم الغرر . ولا يشترط علمه من كل وجه . هكذا قرر النووى فى المنهاج ، ولا يشترط ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها فلو قال : وكلتك فى كل قليل وكثير لى فى كل أمورى أو حقوقى ، أو فوضت اليك كل شىء لى ، أو كل ما شئت من مالى لم يصح لما فيه من عظيم الغرر ، لانه يدخل فيه مالا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعاً لمعين . وكذلك أفتى الرملى الكبير شهاب الدين . فلا ينفذ تصرف الوكيل فى شىء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذى هو السبب فى البطلان لا يندفع بذلك .

قال شمس الدين الرملى : وفارق ما مر عن أبى حامد بأن ذاك فى جزئى خاص معين فساغ كونه تابعاً لقلة الغرر فيه بخلاف هـذا ، وبخلاف ما جاء فى قوله : وكلتك فى كذا وكل مسلم . إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معيناً ، وليست هـذه المسأله مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر فى التابع فيها .

وإن قال : وكلتك فى بيع أموالى وعتق أرقائى ووفاء ديونى واستيفائها ونحو ذلك صح ، وإن كان ما ذكر معلوماً عندهما لقلة الغرر فيه . ولو قال فى بعض أموالى او شىء منها لم يصح . أما لو قال : بع هـذا أو هذا لتناول كل بطريق العموم البدلى فلا إبهام فيه . وكذا لو قال : أبرىء فلاناً عن شىء من دينى صح وحمل على أدنى شىء . إذ الإبراء عقد غبن فتوسع فيه بخلاف البيع . وكقوله أبرىء فلاناً عما شئت من دينى فليبق عليه شيئا . أما لو قال أبرئه عن جميعه صح ابراؤه عن بعضه بخلاف بيعه لبعض ماوكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر .

وان قال اشتر لى عبداً بمائة ولم يبين جنسه ولا يغنى ذكر الوصف كأبيض أو

أسود . نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها . هذا اذا كان العبد للاقتناء أما اذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع أو غيره لشبهه بالقراض . ونقله ابن الرفعة عن الماوردى وغيره .

قال الرملى شمس الدين : ولو وكله فى تزويج امرأة اشترط تعيينها ، ولا يكتفى بكونها مكافئة له ، لأن الغرض يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيراً فاندفع ما ذكره السبكى هنا . نعم ان أتى له بلفظ عام كزوجنى من شئت، صح للعموم ، وجعل الأمر راجعاً الى رأى الوكيل بخلاف الأول فإنه مطلق ، ودلالة العام على أفراد ظاهرة ، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض ، أو فى شراء دار للقنية أيضا وجب بيان المحلة — أى الحارة — ومن لازمها بيان البلد ، فلذا لم يصرح به .

أما الاقرار فإنه لا يصح التوكيل فيه الا اذا بين جنس ما يقر به وقدره لعظم الغرر عند الاطلاق وكثرة الضرر فلم يصح ، فإذا وكله فى خصوماته ، كقوله : وكلتك فى خصومة من أخاصمه ففيه وجهان

قال المصنف رحمه الله :

﴿فصل﴾ ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل . ومن أصحابنا من قال يجوز لأنه أذن فى التصرف فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوصية ، والمذهب الاول لانه عقد تؤثر الجهالة فى إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والاجارة ويخالف الوصية فإنها لا يؤثر فيها غرر الجهالة فلا يؤثر فيها غرر الشرط ولو كانا تؤثر الجهالة فى ابطالها فأثر غرر الشرط فإن علقها على شرط مستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف ، لأن مع فساد العقد الإذن قائم فيكون تصرفه بإذن فصح ، وإن كان قد سمى له جعلا سقط المسمى ووجب له أجرة المثل لأنه عمل فى عقد فاسد لم يرض فيه بغير بدل فوجب أجرة المثل كالعمل فى الاجارة الفاسدة . وان عقد الوكالة فى الحال وعلق التصرف على شرط ، بأن قال وكلتك أن تطلق امرأتى أو تبيع مالى بعد شهر صح ، لأنه لم يعلق العقد على شرط ، وإنما علق التصرف على شرط فلم يمنع صحة العقد

(الشرح) الأحكام : فرقوا بين تعليق العقد على شرط وتعليق التصرف على شرط فالأول لا يجوز والثاني يجوز .

أما أجرة الوكيل فتتحدد بأجرة المثل ولو سمى له جعلا .

أما الشرط فقد قال الرملي شمس الدين : ولا يصح تعليقها بشرط من صفة أو وقت فى الأصح كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والامارة للحاجة والثاني: تصح كالوصية ورد بما مر اه . ومثال الوصية قوله : إذا جاء رأس الشهر فقد أوصيت له بكذا ، وصورة الوكالة الباطلة لارتباطها بالشرط كقوله : وكلت من أراد بيع داري ، وقال الزركشي : لا ينفذ التصرف . قال ابن الصلاح : والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز ، إذ أنه ليس من تعاطى العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعه .

فإن نجزها وشرط للتصرف شرطاً جاز ، كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه الا بعد شهر ، وعلم من هذا أنه لو قال لآخر قبل رمضان : وكلتك فى إخراج فطرتى وأخرجها فى رمضان صح لتنجيزه الوكالة ، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع ، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتى ، لأنه تعليق محض وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع .

قال الشمس الرملي : والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل (قلت) وعلى هذا يتوجه كلام ابن الصلاح ؛ لأن إخراج الفطرة هنا عمل صحيح ترتب على وكالة فاسدة فنقول بصحة إخراجها عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه اذن الموكل من جهة النطق أو من جهة العرف لأن تصرفه بالاذن فلا يملك الا مايقتضيه الاذن والاذن يعرف بالنطق وبالعرف فان تناول الاذن تصرفين . وفى أحدهما اضرار بالموكل لم يجز ما فيه ضرار لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » فان

تناول تصرفين وفى أحدهما نظر للموكل لزمه مافيه النظر للموكل لما روى ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رأس الدين النصيحة : قلنا يا رسول الله لمن قال لله ولرسوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وللمسلمين عامة وليس من النصح أن يترك ما فيه الحظ والنظر للموكل .

﴿ الشرح ﴾ حديث « لا ضرر ولا ضرار » مضى تخريجه فى غير موضع ، وحديث ثوبان رواه الجماعة .

الأحكام : إذا وكله فى بيع شىء أو طلب الشفعة أو قسم شىء ففيه وجهان (أحدهما) يملك تثبيته ، وهو قول أبى حنيفة فى القسمة وطلب الشفعة ، لأنه لا يتوصل إلى ما وكله فيه إلا بالتثبيت (والثانى) لا يملكه ، وهو قول بعض أصحابنا لأنه يمكن أحدهما دون الآخر ، فلم يتضمن الاذن فى أحدهما الإذن فى الآخر ، فإذا قال : اقبض حقى من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ، وإن قال : اقبض حقى الذى قبل فلان أو على فلان جاز له مطالبة وارثه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وان وكل فى تصرف وأذن له أن يوكل اذا شاء نظرت ، فإن عين له من يوكله وكله أمينا كان أو غير أمين لانه قطع اجتهاده بالتعيين ، وان لم يعين من يوكل لم يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل فى توكيل غير الامين ، فان وكل أميناً فصار خائناً فهل يملك عزله ، فيه وجهان .

(أحدهما) يملك عزله ، لان الوكالة تقتضى استعمال أمين ، فإذا خرج عن أن يكون أمينا لم يجز استعماله ، فوجب عزله .

(والثانى) لا يملك عزله ، لانه أذن له فى التوكيل دون العزل ، وان وكله ولم يأذن له فى التوكيل نظرت ، فإن كان ما وكله فيه مما يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، لم يجز أن يوكل فيه غيره ، لان الإذن لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لانه ليس فى العرف اذا رضيه أن يرضى غيره ،

وإن وكله فى تصرف وقال : اصنع فيه ما شئت ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز أن يوكل فيه غيره لعموم قوله : اصنع فيه ما شئت .

(والثانى) لا يجوز ، لأن التوكيل يقتضى تصرفاً يتولاه بنفسه ، وقوله : اصنع فيه ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل فى تصرفه بنفسه ، وإن كان ما وكله فيه مما لا يتولاه بنفسه لعمل لا يحسنه ، أو عمل يترفع عنه ، جاز أن يوكل فيه غيره ، لأن توكيله فيما لا يحسنه أو فيما يترفع عنه إذن فى التوكيل فيه من جهة العرف .

وان كان مما يتولاه إلا أنه لا يقدر على جميعه لكثرته ، جاز له أن يوكل فيما لا يقدر عليه منه : لأن توكيله فيما لا يقدر عليه إذن فى التوكيل فيه من جهة العرف ، وهل يجوز أن يوكل فى جميعه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) له أن يوكل فى جميعه لانه ملك التوكيل فملك فى جميعه كالموكل

(والثانى) ليس له أن يوكل فيما يقدر عليه منه ، لأن التوكيل يقتضى أن يتولى الوكيل بنفسه ، وإنما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى فيما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وإن وكل نفسين فى بيع أو طلاق فإن جعله إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد به ، لانه أذن لكل واحد منهما فى التصرف وإن لم يجعل إلى كل واحد منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد به ، لأنه لم يرض بتصرف أحدهما ، فلا يجوز أن ينفرد به ، وإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه فى حرز لهما .

وخرج أبو العباس وجها آخر أنه إن كان مما ينقسم ، جاز أن يقتسما ويكون عند كل واحد منهما نصفه ، وان لم ينقسم جعلاه فى حرز لهما كما يفعل المالكان والصحيح هو الاول ؛ لانه تصرف أشرك فيه بينهما فلم يجز لاحدهما أن ينفرد ببعضه فيه كالبيع ، ويخالف المالكين ، لأن تصرف المالكين بحق الملك ففعلا ما يقتضى الملك ، وتصرف الوكيلين بالإذن ، والإذن يقتضى اشتراكهما ، ولهذا يجوز لأحد المالكين أن ينفرد ببيع بعضه ولا يجوز لأحد الوكيلين أن ينفرد ببيع بعضه .

(الشرح) الاحكام : لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لان ما نهاه عنه غير داخل فى اذنه كما لو لم يوكله .

(الثانى) أذن له فى التوكيل فيجوز له ذلك ، لانه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإن قال له : وكلتك فاصنع ماشئت فهل له أن يوكل ؟ نظرت فإن كان ماوكله فيه مما يمكن أن يتولاه الوكيل ويقدر عليه ، فإنه ليس له التوكيل ، لانه موكل بتصرف يتولاه بنفسه ، وقوله اصنع ماشئت يرجع الى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ، وقال أصحاب أحمد له أن يوكل من شاء لدخوله فى عموم التوكيل .

ولنا أنه اذا كان ما وكل به كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوكيل الى من يعينه على أدائه ، ومثله لو كان العمل شاقا لا يقدر مثله على القيام به ، ويحتاج الى شخص قوى يؤديه جاز له توكيله ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج الى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له توكيله ، وكذلك لو كان عملا سهلا ولكنه من الاعمال التى يترفع مثله عن القيام بها لدناءتها جاز له أن يوكل من يقوم به .

(الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون العمل من الاعمال التى أشرنا اليها مما يرتفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنيئة فى حق أشراف الناس أو يعجز عن فعلها أو لاى اعتبار مما ذكرنا آنفا فإن الإذن ينصرف الى ماجرت به العادة من الاستنابة ، وبه قال أحمد وأصحابه ، القسم الثانى أن يكون مما يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فجاز التوكيل فى بعضه فيما لا يقدر عليه منه ، أما التوكيل فى جميعه فيجوز عند أصحاب أحمد ، أما عند أصحابنا فوجهان (أحدهما) له أن يوكل فى جميعه لانه ملك التوكيل فملك فى جميعه كالموكل (والثانى) ليس له أن يوكل الا فيما لا يقدر عليه منه ، وانما أذن له فيما لا يقدر عليه للعجز ، وبقى ما يقدر عليه على مقتضى التوكيل ، وهذا قول عند أصحاب أحمد ذكره ابن قدامة عن القاضى .

(القسم الثالث) وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه ، فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين

إحداهما لا يجوز . وهو المذهب عندنا ، واليه ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف لأنه لم يأذن له فى التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه ، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوليه لمن لم يأمنه كالوديعة

والأخرى يجوز ، نقلها حنبل وبه قال ابن أبى ليلى ، إذا مرض أو غاب ، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك . دليلنا أن التوكيل لا يتناول تصرف غيره من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف إذا رضيه أن يرضى غيره ويفارق المالك ، فإن المالك يتصرف بنفسه فى ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل فإنه يتصرف بالإذن .

(فرع) كل وكيل جاز له التوكيل فليس له أن يوكل إلا أميناً لأنه لا نظر للموكل فى توكيل من ليس بأمين ، فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر ، كما أن الإذن فى البيع يتقيد بالبيع بثمن المثل ، إلا أن يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وإن لم يكن أمينا، لأنه قطع نظاره بتعيينه . وإن وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله ؛ لأن تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط ، والوكالة تقتضى استئمان أمين . وهذا ليس بأمين فوجب عزله

ويقول النووى : لا يملك الوكيل عزله فى الأصح لأنه أذن فى التوكيل دون العزل . وقد أورد الرملى الوجهين .

(فرع) إذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك ، لأنه مأذون له فيه ، فإن لم يجعل ذلك فليس لأحدهما الانفراد به ، لأنه لم يأذن له فى ذلك ، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأى .

وإن وكلهما فى حفظ ماله حفظاه معاً فى حرز لهما ، لأن قوله افعلا كذا يقتضى اجتماعهما على فعله ، وهو مما يمكن فتعلق بهما . وفارق هذا قوله بعتكما ؛ حيث كان منقسما بينهما . لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما فإن غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف .

وخرج أبو العباس بن سريج وجهاً آخر أنه إن كان المال مما ينقسم اقتسماه ويكون عند كل واحد منهما نصفه والصحيح ما قررنا

وليس للحاكم أن يضم أمين الى الوكيل ليحل محل الغائب ، لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه . فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره وفارق ما لو مات أحد الوصيين — وفرق بين الوصاية والوكالة — حيث يضيف الحاكم الى الوصى أميناً ليتصرف ، لكون الحاكم له النظر فى حق الميت واليتيم . ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً فى النظر لليتيم . وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ، ولم يملك الحاضر التصرف وحده ، فإذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة ، لأن الحاكم سمعها لهما مرة .

وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف ، وبما ذكرناه قال أحمد وأبو حنيفة

وقال أبو حنيفة إذا وكلهما فى خصومة فلكل واحد منهما الانفراد بها .

ولنا أنه لم يرض بتصرف أحدهما فأشبه البيع والشراء والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل رجلا فى الخصومة لم يملك الإقرار على الموكل ، ولا الإبراء من دينه ولا الصلح عنه ، لأن الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئا من ذلك ، وان وكله فى تثبيت حق فثبته لم يملك قبضه ، لأن الاذن فى التثبيت ليس بإذن فى القبض من جهة النطق ، ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف أن من يرضاه للتثبيت يرضاه للقبض ، وان وكله فى قبض حق من رجل فجحد الرجل الحق ، فهل يملك أن يثبته عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يملك ، لأن الاذن فى القبض ليس بإذن فى التثبيت من جهة النطق ؛ ولا من جهة العرف ، لأنه ليس فى العرف أن من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت .

(والثانى) أنه يملك لأنه يتوصل بالتثبيت الى القبض ، فكان الاذن فى

القبض إذناً فى التثبيت ، وإن وكله فى بيع سلعة فباعها لم يملك الابراء من الثمن ، لأن الاذن فى البيع ليس بإذن فى الابراء من الثمن . وهل يملك قبضه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يملك ، لأن الاذن فى البيع ليس بإذن فى قبض الثمن من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يرضى الانسان للبيع من لا يرضاه للقبض (والثانى) أنه يملك ؛ لأن العرف فى البيع تسليم للمبيع وقبض الثمن ، فحملت الوكالة عليه ، وإن وكله فى شراء عبد فاشتراه وسلم الثمن ثم استحق العبد فهل يملك أن يخاصم البائع فى درك الثمن . فيه وجهان (أحدهما) يملك ، لأنه من أحكام العقد (والثانى) لا يملك ، لأن الذى وكل فيه هو العقد ، وقد فرغ منه فزالت الوكالة .

(الشرح) الاحكام : إذا وكل رجلا فى الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره ، وبهذا قال أحمد ومالك وابن أبى ليلى . وقال أبو حنيفة ومحمد : يقبل إقراره فى مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص . وقال أبو يوسف يقبل إقراره فى مجلس الحكم وغيره ؛ لأن الاقرار أحد جوابى الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

دليلنا أن الاقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها ، فلا يملكه الوكيل فيها كالابراء ، وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ، ويملكه فى الحدود وفى غير مجلس الحاكم ، ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الاقرار فافترقا . ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الابراء منه بغير خلاف نعلمه ، لان الاذن فى الخصومة لا يقتضى شيئا من ذلك ، وان أذن له فى تثبيت حق لم يملك قبضه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يملك قبضه ؛ لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله .

دليلنا أن القبض لا يتناوله الاذن نطقاً ولا عرفا ، اذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه

وإن وكله فى قبض حق فجحد من عليه الحق فهل يملك القيام بتثبيت الحق على الجاحد . فيه وجهان لاصحابنا (أحدهما) لا يملك وليس له ذلك ، وهو أحد

الوجهين عند أصحاب أحمد ، لأنهما معنيان مختلفان ، فالوكيل فى أحدهما لا يكون وكيلا فى الآخر ، كما لا يكون وكيلا فى القبض بالتوكيل فى الخصومة .

(والثانى) كان له القيام بتثبيت الحق على جاحده ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين عند أصحاب أحمد

ووجه هـذا الوجه أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت ، فكان إذناً فيه عرفا ، ولأن القبض لا يتم الا به فملكه ، كما لو وكل فى شراء شىء ملك وزن ثمنه أو وكل فى بيع شىء ملك تسليمه ، ويحتمل أنه ان كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه لعلمه بوقوف القبض عليه . وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعـدم علمه بتوقف القبض عليه ، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا .

وقال بعض أصحاب أبى حنيفة : ان وكله فى قبض عين لم يملك تثبيتها لأنه وكيل فى نقلها ، أشبه الوكيل فى نقل الزوجة .

(فرع) اذا وكله فى بيع شىء ملك تسليمه ؛ لان اطلاق التوكيل فى البيع يقتضى التسليم لـكونه من تمامه ، ولم يملك الابراء من ثمنه ، وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة : يملكه

دليلنا أن الابراء ليس من البيع ولا من تتمته ، فلا يكون التوكيل فى البيع توكيلا فيه كالابراء من غير ثمنه

(فرع) وأما قبض الثمن فعلى وجهين ، ان قلنا انه قد يوكل فى البيع من لا يأمنه على قبض الثمن فعلى هذا ليس له قبض الثمن . وان قلنا ان العرف فى البيع تسليم المبيع وقبض للثمن . وأنه موجب للبيع ملك القبض فكان كتسليم المبيع ، فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن ، فاذا سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه ، والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله فى بيع ثوب فى سوق غائب عن الموكل ، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا فى قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له ، لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ، ولهذا يعد من فعل

ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه ، وبالوجهين قال أحمد وأصحابه .

قال الماوردى فى الحاوى : لو وكله فى المطالبة بدين لم يكن له قبضه بعد المطالبة، وان وكله فى المخاصمة فى دار يدعيها لم يكن له قبضها . ولو وكله فى اثبات منفعة يستحقها لم يكن له انتزاعها وكان عمل الوكيل فى هذه الاحوال كلها مقصورا على ما تضمنه الاذن

والقسم الثانى ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً الى ما تضمنته الوكالة من مقصوده ، وهو ما كان مقصود واجبا على الموكل ، كالتوكيل فى بيع أو شراء فله اذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن . وان لم يصرح له الموكل به ، لان عقد البيع أوجب عليه تسليم ماباعه ، وهو مندوب الى أن لا يسلمه الا بعد قبض ثمنه ، فلذلك جاز أن يتجاوز العقد الى تسليم المبيع وقبض ثمنه

وهكذا لو وكله فى شراء سلعة جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها ، فان الشراء قد أوجب عليه دفع الثمن ، وهو مندوب الى أن لا يدفع الثمن الا بعد قبض المبيع ، فان وكله فى البيع على أن لا يقبض الثمن من المشترى صحت الوكالة ولم يكن له قبض الثمن ، ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع كان فى الوكالة وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى افصاحه

(أحدهما) تصح الوكالة ، كما لو نهاه عن قبض الثمن ، فاذا أخذ تسليم المبيع أخذ به الموكل

(والوجه الثانى) أن الوكالة باطلة ، لان اقباض المبيع من لوازم البيع فاذا نهاه عنه بطل التوكيل

(القسم الثالث) ما اختلف المذهب ، هل يكون عمل المذهب فيه مقصوراً على ما تضمنه الاذن أو تجوز له المجاوزة الى ما أدى اليه ، وهو مالا يمكن من عمل المأذون فيه الا به كالوكالة فى مقاسمته فى دار وقبض الحصة منها اذا جحد الشريك ، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها واثبات الحجج والبينات عليها ، وكالوكالة فى قبض دين ، أما جحده المطلوب هل يجوز للوكيل مخاصمته واثبات

البينة عليه ؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج مخرجا (أحدهما) ليس له ذلك ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن ، لأن ما تجاوزه ليس بواجب فيه فشابه القسم الأول .

(والقول الثانى) يجوز له ذلك ، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به كالقسم الثانى . والله أعلم اه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـــل) وان وكل فى البيع فى زمان لم يملك البيع قبله ولا بعده ، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يؤثر البيع فى زمان لحاجة ، ولا يؤثر فى زمان قبله ولا زمان بعـــده ؛ وإن وكله فى البيع فى مكان — فان كان الثمن فيه أكثر أو النقد فيـه أجود — لم يجز البيع فى غيره ، لأنه قد يؤثر البيع فى ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقد ، فلا يجوز تفويت ذلك عليه ، وان كان الثمن فيه وفى غيره واحداً ففيه وجهان (أحـدهما) أنه يملك البيع فى غيره ، لأن المقصود فيهما واحد ، فكان الاذن فى أحدهما اذناً فى الآخر (والثانى) لا يجوز لأنه لما نص عليه دل على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به من يمين وغيرها فلم تجز مخالفته .

(الشرح) الأحكام : قال الماوردى فى الحاوى . وقال أبو حنيفة : يجوز له أن يوكل لأمرين (أحـدهما) أنه لما أقامه فيه مقام نفسه جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه (والثانى) أن المقصـود بوكالته حصول العمل فى الحالين لموكله . وهذا خطأ من وجهين :

(أحدهما) أن فعل الوكيل مقصـور على ما تضمنه الاذن من غير مجاوزة ، وليس فى التوكيل مجاوزة

(والثـانى) أن الموكل يسكن فى عمله الى أمانة وكيله فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل الى أمانته كالوديعة التى لا يجوز للمودع أن يودعها عند غيره ، لأن المالك لم يرض الا بأمانته . فأما استدلاله بأن هـذا أقامه مقام نفسه فلعمرى أنه

كذلك فى فعل ما وكل فيه لا فى غيره ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء وان كان الموكل أن يهب ويبرىء لأنه لم يأذن له فيه ، فكذلك فى التوكيل .

وأما الجواب عن قولهم بأن الغرض حصول العمل فهو كذلك لكن قد خصه به وارتضى أمانته ، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره فى عمله ، لأن قصد المستأجر انما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله لا بفعل غيره . كذلك ها هنا .

قلت : ولكلام المصنف هنا دلالته على ما يترتب على مخالفة الاذن ومجاوزته من أحكام ، فمثلا اذا أذن الموكل للوكيل بالبيع فى زمان فباع قبله فترتب على بيعه قبله نقص ثمنه عن مثله فى الزمن المحدد لنقص فى السن أو الوزن أو الصفة كان ذلك من ضمان الوكيل . وكذلك اذا باعه بعد الزمان الذى أذن له فيه فترتب على ذلك ما ذكرنا كان من ضمانه .

وكذلك اذا أذن له فى مكان لمصلحة يراها الموكل لكثرة الطالبين للسلعة فى ذلك المكان أو لكثرة الثمن أو جودة النقد فلا يملك الوكيل مخالفة مضمون الإذن ، فاذا كان الثمن فى كل هذه الأحوال التى خالف فيها متفقا مع الزمن المطلوب أو المكان المطلوب بحيث لا يفوت الموكل شىء من الفائدة فهل يجوز للوكيل مخالفة الإذن ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز له ذلك ، لأن المقصود فيها واحد (والثانى) لا يجوز ، لأن الموكل أعرف بما هو الأحظ له وعلى الوكيل الامتثال لأمر الموكل

قال الماوردى فى الحاوى : أن يكون الشرط الذى شرطه الموكل فى بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع ، فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه ولا يتجاوزه الا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة فصح البيع حينئذ على ماسنشرحه ولا تكون الزيادة مانعة من صحته . فأما اذنه فى بيعه على رجل بعينه فلازم ولا يجوز للوكيل أن يعدل الى بيعه على غيره لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كالهبة ، فعلى هذا لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع . ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه ولا على غير وارثه .

ولو كان حيا وامتنع من ابتياعه لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد ، وأما إذنه ببيعه فى زمان بعينه فلازم ، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده : أما قبله فلأن وقت الاذن لم يأت ، وأما بعده فلبطلان الوكالة بالفوات وقد يكون للإنسان غرض صحيح فى استيفاء ملكه الى زمان بعينه .

فأما إذنه فى مكان بعينه — فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الأسعار باختلاف الاماكن أو جودة النقود وهو شرط لازم فلا يجوز للوكيل أن يبيعه فى غير ذلك المكان ، فان فعل وسلمه فالبيع باطل وهو بالتسليم ضامن ، فإن لم يكن فى ذلك المكان غرض صحيح ، ولا معنى مستفاد نظر فى صفة إذنه ، فإن كان قال : لا تبيعوا إلا فى مكان كذا أو فى سوق كذا لزم ، وكان بيع الوكيل فى غير ذلك المكان باطلا لصريح النهى عنه .

وإن قال : بعه فى سوق كذا أو فى مكان كذا ، ولم يصرح بالنهى عما سواه ففى لزوم اشتراطه وجهان .

(أحدهما) أنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه فى غيره ، لانه أملك بأحوال إذنه .

(والوجه الثانى) أنه شرط غير لازم لفساد الغرض المقصود به ، والأول أشبه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن وكله فى البيع من رجل لم يجز أن يبيع من غيره ، لأنه قد يؤثر تمليكه دون غيره ؛ فلا يكون الاذن فى البيع منه إذنا فى البيع من غيره ، وان قال خذ مالى من فلان فمات لم يجز أن يأخذ من ورثته ، لانه قد لا يرضى أن يكون ماله عنده ، ويرضى أن يكون عند ورثته ، فلا يكون الاذن فى الأخذ منه إذنا فى الاخذ من ورثته ، وإن قال : خذ مالى على فلان فمات ، جاز أن يأخذ من ورثته ، لانه قصد أخذ ماله ، وذلك يتناول الاخذ منه ، ومن ورثته ، وان وكل العدل فى بيع الرهن فأتلفه رجل ، فأخذت منه القيمة لم يجز له بيع القيمة ، لأن الاذن لم يتناول بيع القيمة .

(الشرح) الأحكام : فأما إذنه على رجل بعينه فلازم ، لأنه المقصود بالتمليك فلم يصح عدول الوكيل عنه كما أوضح ذلك الماوردي فيما نقلناه في الفصل قبله ، وأما إذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (على) زيد فمات زيد جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، فإذا قال الموكل لوكيله : قد وكلتك في استيفاء مالي (من) زيد فمات زيد لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه ، والفرق بينهما أن الأمر باستيفائه من زيد في الاول متوجه إلى المال فجاز أن يستوفيه من ورثته والامر باستيفائه من زيد في الثاني متوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه ، فلم يجز أن يستوفيه من غيره .

فاذا وكل العدل لامانته وصدقه في بيع الرهن فأتلفه غيره فأخذت القيمة من المتلف فلا يجوز له أن يبيع القيمة ليحصل على الثمن لرده إلى الموكل ، لان الإذن لا يتضمن بيع القيمة ، وإنما كان قاصراً على بيع الرهن وليست القيمة عين الرهن

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن وكل في بيع فاسد لم يملك الفاسد ، لان الشرع لم يأذن فيه ، ولا يملك الصحيح ، لان الموكل لم يأذن فيه .

(الشرح) الاحكام : إذا وكله في بيع فاسد كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير أو بيع حر أو بيع مالا يملك كالمغصوب أو بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو البيع بغير جنس الأثمان ، أو بيع مباح بمحرم أو باع بمالا يتغابن الناس بمثله على ما سيأتي تفصيله أو أعطاه دراهم ليسلم فيما لا يجوز السلم فيه كاللحم والثياب على ما مضى في كتاب السلم وكتاب البيوع بطلت الوكالة لان الشرع لم يأذن فيه للموكل فكان الحظر على الوكيل ، وما كان محظورا على الوكيل لنفسه كان محظورا عليه نيابة لغيره ، فاذا استبدل المبيع المحرم بمباح أو أبدل المسلم فيه بمجاز السلم فيه لم يملك ذلك من قبل أنه لم يأذن له الموكل في ذلك ، لان مقتضى الوكالة في الإذن في البيع الفاسد فلم يصح العدول عن الفاسد الى الصحيح كما لم يصح نفاذ الوكالة في الفاسد من جهة الشرع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وكل فى بيع سلعة لم يملك بيعها من نفسه من غير اذن ، لأن العرف فى البيع أن يوجب لغيره فحمل الوكالة عليه ، ولان اذن الموكل يقتضى البيع ممن يستقصى فى الثمن عليه ، وفى البيع من نفسه لا يستقصى فى الثمن ، فلم يدخل فى الاذن ، وهل يملك البيع من ابنه أو مكاتبه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يملك ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأنه يجوز أن يبيع منه ماله ، فجاز له أن يبيع منه مال موكله كالاجنبى .

(والثانى) لا يجوز : وهو قول أبى اسحاق ، لانه متهم فى الميل اليهما كما يتهم فى الميل الى نفسه ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما ، كما لا تقبل شهادته لنفسه ، فان أذن له فى البيع من نفسه ، ففيه وجهان .

أحدهما : يجوز كما يجوز أن يوكل المرأة فى طلاقها .

والثانى : لا يجوز ، وهو المنصوص لأنه يجتمع فى عقده غرضان متضادان الاستقصاء للموكل ، والاسترخاص لنفسه فتمانعا ، ويخالف الطلاق ، فانه يصح بالزوج وحده ، فصح بمن يوكله ، والبيع لا يصح بالبائع وحده ، فلم يصح بمن يوكله ، وان وكل رجلا فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه لم يصح ، لأنه عقد واحد يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح التوكيل فيه كالبيع من نفسه .

وان وكله فى خصومة رجل ووكله الرجل فى خصومته ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح لأنه توكيل فى أمر يجتمع فيه غرضان متضادان ، فلم يصح ، كما لو وكله أحدهما فى بيع عبده ووكله آخر فى شرائه . والثانى : يصح ، لأنه لا يتهم فى اقامة الحجة لكل واحد منهما مع حضور الحاكم فان وكل عبد الرجل ليشترى له نفسه أو عبدا غيره من مولاه ، ففيه وجهان .

(احدهما) يجوز ، لأنه لما جاز توكيله فى الشراء من غير مولاه جاز توكيله فى الشراء من مولاه (والثانى) لا يجوز ، لأن يد العبد كيد المولى ، ولهذا يحكم له بما فى يد العبد كما يحكم له بما فى يده . ثم لو وكل المولى فى الشراء من نفسه لم يجز فكذلك اذا وكل العبد .

(الشرح) الأحكام : إذا وكله فى بيعها لا يجوز له أن يبيعها من نفسه ، فان أذن له كان بيعاً ، فان وقع حين التسليم وعقد الوكالة كان بيعا ولا عبرة بالوكالة ولأن العرف فى البيع وأيضا أحكام الشريعة فى البيع تقوم على الايجـــاب ، والإيجاب هو أن يوجب لغيره ، ولأن اذن البيـع يقتضى من الوكيل أن يبيع بما هو الأحظ فى الثمن من حيث استقصاء الثمن بغير محاباة ، فلو باع من نفسه فانه ربما تغاضى عن مراعاة هذا الاعتبار بمحاباة نفسه ، ولم يدخل فى الإذن .

ودليلنا أن كل ما عقـده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب فى العقـد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياسا على ولى اليتيم وأب الطفل ، ولأنه لما كان الوكيل فى البيع لا يملك الثمن ويكون الثمن بالعقد ملكا للموكل وجب أن يكون الوكيل فى الشراء لا يملك الثمن ويكون الملك بالعقد واقعاً للموكل

وأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة فمنتقض بولى اليتيم وأب الطفل ، ثم المعنى فى الشفيع أنه يملك المبيع بالشفعة دون العقد . وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن فسيذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالا عنه . وأما الجواب عن استدلالهم بأن تمام العقد لمتعاقدين فكذا موجبه من الملك يكون واقعاً بالمتعاقدين فهو أنه منتقض بالحاكم وولى اليتيم وأب الطفل وبعقد النكاح ، وليس لهم استدلال فى المسألة يسلم من الكسر .

(فرع) قال فى الحاوى : قال المزنى : أعلم للوكيل والوصى أن يشـترى من نفسه . اعلم أن النيابة فى البيع والشراء قد يكون من أربعة أوجه ، أحدها من جهة النسب ، وهى الأب والجد على ابنه الطفل ، والثانى من جهة الحكم ، وهى للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغر أو سفه . والثالث من جهة الوصية ، وهى وصاية الأب والجد وغيرهما على الطفل ممن تصح وصايته . والرابع من جهة الوكالة ، وهو الوكيل الرشيد ، فاختلف الفقهاء هل لهم ولاية أن يبيعوا على أنفسهم مالهم بيعه ، ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه ؟ على أربعة مذاهب (أحدها) وهو مـذهب مالك والأوزاعى أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ويشتروا من أنفسهم .

والمذهب الثانى ، وهو قول زفر بن الهذيل : أنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم

والمذهب الثالث ، وهو قول أبى حنيفة : أنه يجوز ذلك لجميعهم إلا الوكيل وحده . والمذهب الرابع ، وهو مذهب الشافعى : أنه لا يجوز ذلك لجميعهم إلا الأب وحده والجد مثله

واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم بأن المقصـود فى البيع حصول الثمن وفى الشراء حصول المشترى . ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشراء بخلاف النكاح ، فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره لحصول المقصود فى الحالين ، وقياسا على الأب أن كل من جاز له بيعه على نفسه كالأب

واستدل من منع جوازه لجميعهم بأن الإنسان مجبول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره ، والنائب مندوب إلى طلب الحظ المستنيب فإن باع نفسه انصرف بجبلة الطبع إلى حظ نفسه ، فصار المقصود بالنيابة معدوما فلم يجز ، وقياساً على الوكيل لأنه نائب فى العقد عن غيره فلم يجز أن يعقد مع نفسه

واستدل من منع منه للوكيل وحده ، وأجاز لمن سواه بأن نيابة الوكيل غير جائز الأمر فكان مأذونا له من غير ولاية فصار أنقص حالا من ذى الولاية . فجاز للولى مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب ، ولم يجز لغير ذى الولاية كالوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالاجنبي

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه ، ما روى أن رجلا أوصى الى رجل بوصية فأراد الوصى بيع فرس من التركة على نفســه ، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال لا . وليس نعرف له مخالفا فى الصحابة ولا جبلة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه . ولأن كل من كانت ولايته لغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه هو أن الاب مجبول بحيوية الابوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده والايثار على نفسه والاستكثار لولده ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : الولد مجبنة مبخلة مجهلة ، فانتفت التهمة عنه فى مبايعة نفسه . وهذا المعنى مفقود فيمن عداه ، فصار هذا الحكم لاختصاصه

بمعناه مقصوراً عليه منتفياً عما سواه. وهذا دليل وانفصال ، فلو وكل الابن البالغ أباه في بيع سلعة . فاختلف أصحابنا هل يجوز له بيعها على نفسه أم لا ؟ على وجهين: (أحدهما) يجوز كما لو كان في حجره تغليبا لحكم الأبوة (والثاني) لا يجوز ، لأن ارتفاع الحجر يقتضي تغليب الوكالة .

(فرع) فأما الوصي والوكيل إذا أراد بيعهما لمتولاه بالوصية والوكالة ، على ابن نفسه أو على أب نفسه ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري : أنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه

(والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يجوز لأنه مقهور في الميل إلى ولده كما كان مقهوراً في الميل الى نفسه . ولذلك لم يجز أن يشهد لولده ، كما لا يصح منه الشهادة لنفسه فلم يجز مبايعة ولده بمال غيره ، كما لم يجز مبايعة نفسه أو يشتري من نفسه ، فمذهب الشافعي رضى الله عنه أنه غير جائز لما فيه تنافي المقصود والغرض من الوكالة

قال الماوردي : لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله ، وإذا كان هو المشتري انصرف منه الى الاستقصاء لنفسه . وقال ابن سريج : يجوز ذلك كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها أو إلى أمته عتقها

قال الماوردي : وهذا خطأ لما ذكرنا في الفرق بين البيع والطلاق والعتق من ثلاثة أوجه (أحدها) أن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان ، فصار بالميل إلى نفسه متهما فيه ، وليس في الطلاق والعتق لمن تصير بالميل الى نفسها متهمة فيه (والثاني) أن العتق والطلاق أوسع لوقوعهما بالصفات ، والبيع أضيق حكما منهما .

(والثالث) أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر . وفي البيع قبول معتبر فلم يجز أن يكون الباذل قابلا .

فأما إذا وكله رجل في بيع سيارته ووكله آخر في شراء السيارة الموكل في بيعها لم يجز لتنافي المقصود في العقدين ، وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين ، فإن أراد أن يقيم على أسبقهما في بيع أو شراء جاز؛ وإن أراد أن يقيم على الثانية فيهما بيعاً كان أو شراء احتمل وجهين، لأن ثبوت الاولة يمنع من جواز الثانية

والوجه الثانى : يجوز ، لأن الوكالة لا تلزم ، فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير ، وتبطل بقبول الثانية . ومثل ذلك يقال فى التوكل فى الخصومة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن وكل فى شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشترى معيبا لأن إطلاق البيع يقتضى السلامة من العيب ، ولهذا لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً ثبت له الرد ، فإن اشترى معيبا نظرت ، فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل ، لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه ، فلم يصح له ، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى ، فإن لم يرض به نظرت ، فان علم الموكل ورضى به لم يجز للوكيل رده ، لأن الرد لحقه وقد رضى به فسقط . وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها كما لو اشترى لنفسه

فإن قال له البائع : أخر الرد حتى تشاور الموكل ، فإن لم يرض قبلته لم يلزمه التأخير ، لأنه حق تعجل له فلم يلزمه تأخيره ، وإن قبل منه وأخره بهذا الشرط فهل يسقط حقه من الرد ؛ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه ترك الرد مع القدرة

(والثانى) لا يسقط لأنه لم يرض بالعيب ، فان ادعى البائع أن الموكل علم بالعيب ورضى به فالقول قول الوكيل مع يمينه ؛ لأن الاصل عدم الرضا ، فان رضى الوكيل بالعيب سقط خياره ، فانحضر الموكل ورضى بالعيب استقر العقد وإن اختار الرد نظرت فان كان قد سماه الوكيل فى الابتياع أو نواه وصدقه البائع جاز أن يرده ، لأن الشراء له وهو لم يرض بالعيب ، وإنما رضى وكيله فلا يسقط حقه من الرد ، وإن لم يسمه الوكيل فى الابتياع ولا صدقه البائع أنه نواه فالمنصوص أن السلعة تلزم الوكيل؛ لأنه ابتاع فى الذمة للموكل ما لم يأذن فيه له ومن أصحابنا من قال يلزم الموكل ، لأن العقد وقع له وقد تعذر الرد بتفريط الوكيل فى ترك الرد ؛ ويرجع الموكل على الوكيل بنقصان العيب ، لأن الوكيل صار كالمستهلك له بتفريطه

وفى الذى يرجع به وجهان (أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع بما نقص من قيمته معيبا عن الثمن ، فإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة مائة لم يرجع بشىء ، وإن كان الثمن مائة وقيمة السلعة تسعين رجع بعشرة ، كما نقول فى شاهدين شهدا على رجل أنه باع سلعة بمائة ؛ فأخذت منه ووزن له المشترى الثمن ، ثم رجع الشهود عن الشهادة فإن الحكم لا ينقض ويرجع البائع على الشهود بما نقص من القيمة عن الثمن ، فان كان الثمن والقيمة سواء لم يرجع عليهم بشىء ، وإن كانت القيمة مائة والثمن تسعون رجع بعشرة

(والثانى) أنه يرجع بأرش العيب ، وهو الصحيح ؛ لأنه عيب فات الرد به من غير رضاه فوجب الرجوع بالأرش . وإن وكل فى شراء سلعة بعينها فاشتراها ووجد بها عيباً فهل له أن يرد من غير إذن الموكل ؟ فيه وجهان

(أحدهما) له أن يرد ، لأن البيع يقتضى السلامة من العيب ولم يسلم من العيب فثبت له الرد كما لو وكل فى شراء سلعة موصوفة فوجد بها عيبا فعلى هذا يكون حكمه فى الرد على ما ذكرناه فى السلعة الموصوفة

(والثانى) لا يرد من غير إذن الموكل لأنه قطع نظره واجتهاده بالتعيين .

(الشرح) قال المزنى رحمه الله تعالى : ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيبا كان له الرد بالعيب . وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الآمر ، فهذا قول الشافعى ومعناه . اه

قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن الموكل إذا أمر وكيله بشراء شىء فعلى حالين (أحدهما) أن يعينه (والثانى) أن يصفه ولا يعينه ؛ فإن وصفه ولم يعينه لزمه أن يشتريه سليما من العيوب لأن إطلاق الصفة يقتضيه ، ويجوز للعامل فى القراض أن يشترى السليم والمعيب ، والفرق بينهما أن يشترى الوكيل للقنية ، وليس فى المعيب صلاح المقتنى ؛ وشراء العامل فى القراض طالبا للربح ، وقد يوجد الربح فى المعيب كوجوده فى السليم

فإن اشترى الوكيل شيئاً على الصفة وكان معيبا فعلى ضربين (أحدهما) أن

يشتريه عالما بعيبه فالشراء غير لازم للموكل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضه الاذن وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الاذن

والضرب الثانى : أن يشتريه غير عالم بعيبه فللوكيل اذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده ولا يلزمه استئذان موكله ، لأن رد المعيب من حقوق عقده . فلو قال له البائع: قد أمهلتك فى رده فطالع موكلك بعيبه لم يلزمه المطالعه وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا ، فإن رده ثم جاء الموكل راضيا بعيبه لم يكن لرضاه بعد ذلك تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضى

ولو رضى بعيب قبل رد الوكيل لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد ، ولو رضى رب المال فى القراض بعيب المشترى كان للعامل أن يرده بخلاف الوكيل والفرق بينهما أن للعامل فى القراض شرك فى الربح . وليس للوكيل فيه شرك

فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله راض بالعيب فلا يمين له على الوكيل ، فان ادعى عليه أنه قد علم برضى موكله بالعيب وكان عليه أن يحلف أنه ما علم برضى موكله بالعيب ، وله الرد واسترجاع الثمن . ثم للبائع إذا أراد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلفه بالله أيضا ما رضى بعيب المُشتَرى الذى ابتاعه موكله قبل رده ، فان نكل عن اليمين حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن ، وهذا حكم الوكيل اذا رد بالعيب والله اعلم

فأما إن رضى الوكيل بالعيب نظر فى الموكل ، فان رضى بالعيب كان الشراء لازماً له ، وإن لم يرض بالعيب نظر فى عقد البائع فان كان قد سمى موكله فيه فله الرد ، لأن مالك المُشتَرى لا يلتزم عيبا لم يرض به ، وإن لم يسم الموكل فى عقده نظر فى البائع ، فان صدق المبيع أن عقد الشراء لموكله كان له الرد ، وإن لم يصدقه حلف له ؛ ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه

وفى كيفية رجوع الموكل به وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى يحيى البلخى : أنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه فأما إن كان يساوى معيبا بمثل ما اشتراه فلا شىء له على الوكيل لعدم النقص فى الثمن استشهاداً بأن من ادعى بيع سيارته بمائة على رجل وأنكر . وأقام المدعى بينة بالبيع فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود ، فان كان ثمن السيارة مائة

فلا غرم على الشهود ، وإن كان ثمنها أقل من مائة غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنها .

والوجه الثانى ، وهو قول جمهور أصحابنا : أنه يرجع على الوكيل بأرش العيب سواء كان يساوى قدر ثمنه معيباً أم لا ، لأن العيب إذا فات معه الردكان مقدراً بالارش ، وإن لم يكن معتبراً بنقص الثمن ، وليس كالذى استشهد به من رجوع الشهود ، لأن غارم الثمن بشهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم ، فإذا وصل اليه من الثمن لم يبق له حق بغرمه ، فهذا حكم التوكيل فى شراء سيارة موصوفة ، فأما إذا كانت السيارة معيبة فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يردها قبل استئذان موكله أم لا ؟

على وجهين (أحدهما) وهو قول جمهور أصحابنا لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيها ، لأنه بالتعيين فيها قد قطع اجتهاده فيها ، ولعله قد أمره بشرائها مع علمه بعيبها .

والوجه الثانى وهو قول أبى حامد الاسفرايينى : له الرد من غير استئذان ، لأن الرد من حقوق عقده ، ولأنها لا تكون مأخوذة به إن لم يرض الموكل بعيبها هذا والله الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وكل فى بيع عبد أو شراء عبد لم يجز أن يعقد على بعضه ، لأن العرف فى بيع العبد وشرائه أن يعقد على جميعه ، فحمل الوكالة عليه ، ولان فى تبعيضه إضراراً بالموكل فلم يملك من غير إذن ، وإن وكل فى شراء أعبد أو بيع أعبد جاز أن يعقد على واحد واحد ، لأن العرف فى العبيد أن تباع وتشترى واحداً واحداً ، ولأنه لا ضرر فى إفراد بعضهم عن بعض ، وإن وكله أن يشترى له عشرة اعبد صفقة واحدة فابتاع عشرة أعبد من اثنين صفقة واحدة ، ففيه وجهان ، قال أبو العباس : يلزم الموكل ، لأنه اشتراهم صفقة واحدة ، ومن أصحابنا من قال : لا يلزم الموكل ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان

(فصل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن ،

ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بغير نقد البلد من غير إذن ، لأن إطلاق البيع يقتضى نقد البلد ، ولهذا لو قال : بعتك بعشرة دراهم حمل على نقـد البلد ؛ وإن كان فى البلد نقدان باع بالغالب منهما ، لأن نقد البلد هو الغالب ، فإن استويا فى المعاملة باع بما هو أنفع للموكل ، لأنه مأمور بالنصح له ، ومن النصح أن يبيع بالانفع ، فان استويا باع بما شاء منهما لانه لا مزية لأحدهما على الآخر فخير بينهما وإن أذن له فى العقد بنقد لم يجز أن يعقد بنقد آخر ، لأن الاذن فى جنس ليس بإذن فى جنس آخر ، ولهذا لو أذن له فى شراء عبد لم يجز أن يشترى جارية ، ولو أذن له فى شراء حمار لم يجز أن يشترى فرسا .

(الشرح) الاحكام : إذا وكله فى بيع الشيء جميعه لانه لا يتجزأ ، أو يتجزأ ولكن الاذن منعقد على أن يباع صفقة واحدة ، فليس له أن يبيع بعضه ، فان قال له : بع هـــذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بسبعين ، فان هذا البيع لا يلزم الموكل ، لانه لا يأمن أن يبيع الباقى بثلاثين

فإن قال له : بع هذه السيارة بمائة ، فباع نصفها بمائة جاز ، لأنه زاد خيرا وأتى بالغرض للموكل من الحصول على المائه ، وزيادة ملكيته لنصف السيارة ، وليس عليه ضير من هذه التجزئة . وكذلك توكيله فى بيع شيئين بمائه فباع أحدهما بمائه . وبهذا قال أحمد والشافعى ومحمد وأبو يوسف

وقال أبو حنيفه : يجوز أن يبيع بعض الموكل فيه بأى ثمن اذا كان التوكيل مطلقا بناء على أصله فى أن للوكيل المطلق البيع بما شاء . أما الشراء فاذا وكله فى شراء طن من الورق فاشتراه رزمه رزمه ، فاذا كان ثمنه ثمن الطن مرة واحدة جاز اذا لم يختلف بعضها عن بعض نوعا أو وزناً أو لونا أو ملمسا ، وعند أحمد لا يصح لعدم الإذن

والذى يدور عليه مفهوم الوكاله هو اذن الموكل أولا ، وتوخى الانفع أو الاحظ له ثانيا ، ومراعاة أن يكون النقد الذى يبيع به نقداً محليا ، حتى لا يشق على الموكل الانتفاع به أو الحصول على نقد معتبر متداول معروف ، فقد تتفق بعض النقود فى الاسماء ولكنها تختلف من حيث القيمة وجهة الاصدار ،

والمعتبر هو نقد بلد البيع وليس بلد التوكيل ، فقد تعقد الوكالة فى بلد والمراد بيعه فى بلد آخر فيكون البيع بنقد البلد الذى جرى فيه البيع ، وذلك لمعرفة أهل البلد بنقدهم ، وتقويمهم المبيع بنقدهم يمنع وقوعهم فى الغرر .

قال الماوردى : لما لم يصح من الوكيل أن يشترى بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد ، وتحريره أنه عقد معاوضه بوكاله مطلقه فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد قياسا على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياسا على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات ، فعلى هذا لو كان غالب نقد البلد ذهبا لم يبعه بالفضه ، ولو كان كلا النقدين سواء وليس أحدهما غالبا لزم الوكيل بيعهما بأحظها للموكل ، فان استويا كان حينئذ مخيراً فى بيعه بأيهماشاء ، فان باعه بكلا النقدين فان كان فى عقدين صحا جميعا اذا كان مما يجوز تفريق الصفقه فى بيعه ، وإن كان فى عقد واحد فعلى وجهين

أحدهما : يجوز الجمع بين النقدين كما جاز إفراد كل واحد من النقدين .

والثانى : لا يجوز ، لأن غالب البياعات يتناول جنسا واحدا من الأثمان فلم يجز أن يعدل إلى غالبها ، وبالله التوفيق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان دفع اليه ألفاً وقال اشتر بعينها عبدا ، فاشترى فى ذمته لم يصح الشراء للموكل لأنه لم يرض بالتزام غير الالف ، فاذا ابتاع بألف فى الذمه فقد ألزمه فى ذمته ألفا لم يرض بالتزامها فلم يلزمه . وان قال اشتر لى فى الذمه وانقد الالف فيه ، فابتاع بعينها ففيه وجهان ، أحدهما أن البيع باطل؛ لأنه أمره بعقد لا ينفسخ بتلف الالف فعقد عقدا ينفسخ بتلف الالف ، وذلك لم يأذن فيه ولم يرض به . والثانى أنه يصح لأنه أمره بعقد يلزمه الثمن مع بقاء الالف ومع تلفها وقد عقد عقداً يلزمه الثمن مع بقائها ولا يلزمه مع تلفها فزاده بذلك خيراً ، وان دفع اليه ألفا وقال اشتر عبدا ولم يقل بعينها ، ففيه وجهان . أحدهما أن مقتضاه الشراء بعينها لأنه لما دفع اليه الالف دل على أنه قصد الشراء بها ، فعلى هذا إذا اشترى فى ذمته لم يصح الشراء . والثانى أنه لا يقتضى الشراء بعينها لان الامر مطلق ، فعلى هذا يجوز أن يشترى بعينها ، ويجوز أن يشترى فى الذمه وينقد الالف فيه .

(الشرح) الاحكام : إذا أذن له فى الشراء بالنقد فاشترى بالنسيئة ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يعين له الثمن الذى يشترى به ، فالشراء غير لازم للموكل لأنه إذا اشترى بغير العين كان مخالفا ولزم الوكيل ، وإن اشترى بالعين إلى أجل كان باطلا ، ولم يلزم الموكل ولا الوكيل ، وبهذا قال أحمد .

(والضرب الثانى) أن لا يعين له الذى يشترى به فهذا على ضربين (أحدهما) أن يشتريه نسئا بما يساوى ثمنه نقداً أو بأقل من ثمن النساء ، فمذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما أن الشراء لازم للموكل ، لأنه قد حصل له غرضه فى استصلاح مع تعجيل الثمن ، ومن أصحابنا من قال : الشراء غير لازم للموكل لمخالفته ، وبقاء الثمن فى ذمته ، وهو قول من زعم أن الوكيل فى بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً .

(والثانى) أن يشتريه بما يساوى نسئا وبأكثر مما يساوى نقداً ، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فعل النساء والشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله ، وإن ذكره فعلى وجهين .

أحدهما باطل ، والثانى لازم للوكيل . أما إذا أذن له فى الشراء بالنسيئة فاشترى بالنقد فالشراء غير لازم الموكل لا يختلف مذهب الشافعى وسائر أصحابه سواء اشتراه بما يساوى نقدا أو نسئا لما فيه من التزامه التعجيل بما لم يأذن به .

وهكذا لو أذن له أن يشتريه إلى أجل فاشتراه الى أجل هو أقرب لم يلزم الموكل ولو اشتراه الى أجل هو أبعد كان حكمه للوكيل حكمه فى النقد اذا اشترى بالنساء فيكون لازما الموكل . قال الماوردى : وهذا على مذهب الشافعى رضى الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه غير لازم .

(فرع) اذا دفع الموكل الى وكيله ليشترى له به سيارة فهذا على ثلاثة أقسام

أحدها : أن يأمره أن يشترى بعين المال سيارة فوجب على الوكيل أن يشترى بعين مال موكله ، فان اشتراه فى ذمته لم يلزم الموكل ، وكان الشراء لازما للوكيل .

وقال أبو حنيفة : الوكيل بالخيار بين أن يشترى الشىء بعين المال وبين أن

يشتريه فى ذمته ، وهو فى كلا الحالين لازم للموكل ، وبنى ذلك على أصله : أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده . قال المـــاوردى : وهذا خطأ لتعين الدراهم والدنانير عنـدنا فى العقود كما يتعين فى الغصوب . وقد دللنا على ذلك فى كتاب البيوع ، ولان يد الوكيل كيد المودع ، ومال الوديعة متعين وكذا ما بيد الوكيل متعين ، واذا تعـين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه غير ماله ، وجب أن يكون الشراء محمولا على موجب اذنه .

والقسم الثانى : أن يأمره أن يشترى فى ذمته وينقد المال فى ثمنه ، فان اشتراه فى الذمة صح وكان لازما للموكل ، وان اشتراه بعين المال ففيه وجهان : أحدهما وهو قول أبى على الطبرى ذكره فى افصاحه أن الشراء جائز ، وهو للموكل لازم لان العقد على المعين أحوط .

والوجه الثانى وهو اختيار أبى حامد الإسفرايينى : أن الشراء باطل لا يلزم الوكيل لانه غـــير مالك للعين ، فلا يلزم الموكل ، لان الموكل قد فوت عليه بالمخالفة غرضا ، لأن العقد فى الذمة لا يبطل بتلف الثمن ، والعقد على العـين يبطل بتلف الثمن . فصار فعل الوكيل مخالفا لامر الموكل ، فلو امتثل الوكيل أمر موكله أو اشترى السيـارة بثمن فى ذمته ثم نقد الثمن من عنده ، برىء الوكيل والموكل منه ، ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل لان أمره بنقد هذا المال فى الثمن يتضمن نهيا عن نقده من غيره .

والقسم الثالث : أن يطلق الإذن فى الشراء عند دفع المال فيقول : خذ هذا المال فاشـتر لى به سيارة فقد اختلف أصحابنا هل يكون اطلاقه مقتضيا للتعيين أم لا ؟ على وجهين .

أحـدهما — وهو قول أبى على الطبرى : أنه يقتضيه لان تقديم الثمن على السيارة شاهد فيه ، فعلى هذا ان اشترى فى ذمته كان الشراء لازما للوكيل دون الموكل ، والوجه الثـانى — وهو قول بعض البصريين : انه لا يقتضى التعيين ؛ لان الاطلاق على العموم؛ فعلى هذا يكون الوكيل مخيرا بين العقد على العين أو فى الذمة ، ومذهب أحمد فى هذا كله كنحو مذهبنا .

فإذا تقرر ما أوضحنا فصورة مسألة الكتاب فى رجل دفع إلى رجل مالا ليشترى له به طعاما فتسلف المال قرضاً ثم اشترى له بمثله من ماله طعاما فالشراء غير لازم للموكل سواء كان الموكل قد أذن فى الشراء بعين المال أو فى الذمة .

وقال أبو حنيفة : الشراء لازم للموكل سواء كان الإذن بالعين أو فى الذمة وهذا خطأ لأن الوكالة بتلف المال أو استهلاكه باطلة لانعقاد بقائه ، فإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل فعقده لازم لنفسه دون موكله ، فلو أن الوكيل لم يستهلك ولكن تعدى فيه تعديا صار له ضامنا فقد اختلف أصحابنا هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا ، على وجهين :

(أحدهما) ينعزل عن الوكالة بالتعدى لأنه مؤتمن كالمودع الذى ينعزل بالتعدى عن الوديعة ، فعلى هذا يكون الشراء لازما للوكيل دون موكله .

(والوجه الثانى) وهو قول أبى على الطبرى أنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدى مع بقاء الملك كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه ، وإن كان مؤتمنا فعلى هذا يكون الشراء لازما للموكل والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) فإن وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه ، فى الثمن ثلاثة أوجه (أحدها) أنه على الموكل والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه ، والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه ، فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه ، فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل ؛ وإن وزن الموكل لم يرجع على الوكيل .

(والثانى) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه ، فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل ، لأن الثمن عليه ، ولا يجوز له مطالبة الموكل لانه لا شىء عليه ، فان وزن الوكيل رجع على الموكل لانه التزم باذنه ، وإن لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه : إنه إذا وزن رجع ، وإذا لم يزن لم يرجع ، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن .

(والثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل . وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وإن لم يطالبه البائع .

(الشرح) الأحكام : قال الماوردى فى الحاوى : فإذا ثبت أن الملك يكون واقعاً بالعقد للموكل دون الوكيل وللوكيل حالتان :

(إحداهما) أن يذكر اسم موكله فى العقد فيقول : قد اشتريت هذا الشىء لفلان بأمره : فيكون الثمن واجباً على الموكل ، وهل يكون الوكيل ضامناً أم لا على وجهين ، حكاهما ابن سريج (أحدهما) عليه ضمانه لأنه عاقد (والثانى) لا يلزمه ضمانه لأنه غير مالك .

(والحال الثانية) أن لا يذكر الوكيل اسم موكله فى العقد . ولكن ينوى قبله أن الشراء لموكله ، فعلى الوكيل ضمان الثمن بالعقد .

وهل يصير الثمن واجبا على الموكل بالعقد ؟ أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج . أحدهما : أنه يكون الثمن واجبا عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد ، فعلى هذا يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به أو الموكل ، فإذا أخذه من أحدهما برئا معا .

والوجه الثانى : أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد ، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرده بالعقد ، فعلى هذا يطالب الوكيل وحده بالثمن دون الموكل .

وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه عنه أم لا ؟ على وجهين حكاهما ابن سريج . أحدهما : أنه لا يستحقه عليه إلا بعد أدائه عنه ، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل ، فصار الموكل مالكا للمبيع بغير بدل .

والوجه الثانى : أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد وله مطالبة الموكل به قبل أدائه ، وإن أبرأ الوكيل منه رجع به على الموكل ، ولو دفع بالثمن عرضا رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض وعلى الوجه الأول إذا دفع الوكيل بالثمن عرضا رجع على الموكل بأقل الأمرين

من الثمن أو قيمة العرض ، فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من المبيع إلا بعد قبض ثمنه لم يكن له ذلك على الوجهين معا ، لأن البائع لم يبعه منه .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصـل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بثمن مؤجل من غير إذن ، لأن الأصل فى البيع النقد ، وإنمـا يدخل التأجيل لكساد أو فساد ، فإذا أطلق حمل على الأصل ، فإن أذن له فى بيع مؤجل وقدر الأجل لم يبع إلى أجـل أكثر منه ، لأنه لم يرض بما زاد على المقـدر ، فبقى على الأصل فى المنع ، وإن أطلق الاجل ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح التوكيل . لان الآجال تختلف فيكثر الغرر فيه فلم يصح ، والثانى : يصح ويحمل على العرف فى مثله ، لان مطلق الوكاله يحمل على المتعارف وإن لم يكن فيه عرف باع بأنفع مايقدر عليه ، لانه مأمور بالنصح لموكله ، ومن أصحابنا من قال : يجوز القليل والكثير لان اللفظ مطلق ، ومنهم من قال : يجوز إلى سنة ، لأن الديون المؤجلة فى الشرع مقدرة بالسنة ، وهى الدية والجزية ، والصحيح هو الاول .

وقول القائل الثانى : إن اللفظ مطلق لا يصح ، لأن العرف يخصه . ونصح الموكل يخصه وقول القائل الثالث : لا يصح لان الدية والجزية وجبت بالشرع فحمل على تأجيل الشرع ، وهـذا وجب باذن الموكل فحمل على المتعارف ، وان أذن له فى البيع إلى أجـل فباع بالنقد نظرت ، فان باع بدون ما يساوى نسيئة لم يصح لان الاذن فى البيع نسيئة يقتضى البيع بما يساوى نسيئة فاذا باع بما دونه لم يصح ، وان باع نقدا بما يساوى نسيئة : فان كان فى وقت لا يأمن أن ينهب أو يسرق لم يصح ، لأنه ضرر لم يرض به فلم يلزمه ، وان كان فى وقت مأمون ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لانه قد يكون له غرض فى كون الثمن فى ذمة ملئ فتفوت عليه ذلك فلم يصح . والثانى : يصح ؛ لأنه زاده بالتعجيل خيراً ، وان وكله أن يشترى عبدا بألف فاشتراه بألف مؤجل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الشراء

للموكل لأنه قصد أن لا يكون عليه دين وأن لا يشترى إلا بما معه (والثانى) أنه يصح لأنه حصل له العبد وزاده بالتأجيل خيراً .

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يشترط الخيار المشترى ولا للوكيل فى الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير اذن لأنه شرط لا حظ فيه للموكل ، فلا يجوز من غـــير إذن كالأجل ، وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن اطلاق البيع يقتضى البيع من غير شرط (والثانى) يجوز لأنه احتاط للموكل بشرط الخيار .

(الشرح) الاحكام : ان بيعه بالثمن المؤجل من غير اذن موكله لا يجوز ، ودليلنا أن الأجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيكون سلما ، وتارة فى الثمن فيكون ديناً ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الاجل فى الثمن فيجعله دينا ، وتحريره أنه تأجيل أحد العوضين فوجب أن لا يصح من الوكيل مع اطلاق الإذن قياسا على تأجيل المثمن ، ولان الاجل لما لم يلزم المالك فى عقده ، ولا شرط صريح لم يلزم الموكل الا باذن صريح ، لأن اطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر وسواء طال الأجل أو قصر .

فأما الجواب عن الاستدلال بأن اطلاق الإذن يقتضى العموم فهو أنه خطأ فى القول ، بل الإطلاق فى الإذن يقتضى العرف بدليل أن اطلاق الاذن بالشراء لا يقتضى عموم الاشربة كذلك اطلاق الاذن بالبيع لا يقتضى عموم البيوع .

وأما قياسه على نقد البلد فالمعنى فيه أن المعهود يقتضيه ، وأما قياسه فى الاجل على خيار الثلاث فلأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان سيأتى بيانهما ، والقياس منتقض بالاجل فى المثمن ، ثم المعنى فى خيار الثلاث أنه لما ملكه الوكيل فى الشراء ملكه فى البيع ، ولأصحابنا فى جوازه للوكيل وجهان .

أحدهما : لا يصح من الوكيل ، فعلى هذا سقط الدليل .

والثانى : يصح منه والقياس عليه منتقض بالاجل فى المثمن ، فهذا حكم العقد مع اطلاق اذن الموكل ، وما يلزم من الشروط فى عقد التوكيل .

وأما حالة التقييد مثل أن يكون إذن الموكل فى البيع مقيداً بشرط ، فإن كان الشرط مبطلا للعقد كالأجل المجهول ، وهو كما يقول المصنف باطل على أحد الوجهين ، لأن الآجال تختلف فيكثر فيها الغرر ، وكالخيار أكثر من ثلاث إلى ما جرى هذا المجرى الذى يبطل معه العقد على وجه من الوجوه : فقد صار الموكل بها آذناً لوكيله بالبيع الفاسد . فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذى أذن فيه الموكل كان فاسداً ، وإن رضى المالك بفساده ؛ فإذا أذن له فى الأجل وأطلق الأجل فإن الصحيح بطلانه كما قلنا .

والثانى وهو وجه عند أصحابنا وبه قال أبو حنيفة : يصح . ويحمل على العرف فى مثله ، لأن المطلق يحمل على المقيد نصاً أو عرفا ، فإن لم يكن ثم عرف اجتهد فى البيع بأحظ وأنفع ما يقدر عليه لموكله ، لأنه مؤتمن له ومن خصاله النصح له ومن أصحابنا من أجاز بيعه على أى نحو ولو لم يتحر الأنفع لموكله

ومنهم من قيد الإطلاق الأجل بسنة قمرية ، لأن الله تعالى جعل عدة الشهور إثنى عشر شهراً ، ولأن الجزية والدية والزكوات لأنها ديون شرعية فى ذمة المكلفين بها مقدرة بالسنه ، فإذا أطلق الموكل حملنا إطلاقه على القيد الشرعى فى الديون الشرعيه ، والقول الأول هو الذى جعله الماوردى فى الحاوى قولا واحداً للمذهب ولم يحك غيره . أما المصنف رحمه الله فقد ساق الأقوال كلها ثم رجح الأول .

ثم هو إذا خشى تلف المال أو سطو غاصب عليه أو كساده مما يلحق الضرر بموكله جاز له أن يبيع ولو لم يأذن له الموكل إذا لم يجد مشتريا نقدا

فإذا قدر الموكل له الأجل لم يصح أن يؤجل أكثر منه

(فرع) إذا باع نقداً ما هو مأذون فيه بأجل نظرت فان تساوى ثمن المبيع نقدا مع ما قدره الموكل للثمن نسئا ، فعلى وجهين (أحدهما) يصح لأنه زاد خيرا بتعجيل الثمن .

(والثانى) لا يصح لأنه قد يكون له غرض فى جعل الثمن فى ذمة ملىء كأنه وديعة فى صورة دين فقوت عليه هذا القصد فلم يصح

(فرع) لايجوز أن يشترط الوكيل الخيار للمشترى ولا لوكيله ، كما لا يجوز له أن يقبل شرط الخيار من غير اذن موكله فى البيع أو فى الشراء . وهل يجوز أن يشترط الخيار لنفسه أو لموكله ؟ وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه قيد المطلق بشرط ليس مأذونا فيه .

والوجه الثانى : إذا رأى أن هـذا الشرط أنفع لموكله للاحتياط ولضمان مصلحته فانه يصح والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بمالا يتغابن به من غير إذن ، ولا للوكيل فى الشراء أن يشترى بأكثر من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس به من غير إذن ، لأنه منهى عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له وفى النقصان عن ثمن المثل فى البيع ، والزيادة على ثمن المثل فى الشراء اضرار ، وترك النصح ، ولأن العرف فى البيع ثمن المثل ، فحمل إطلاق الإذن عليه ، فان حضر من يطلب بالزيادة على ثمن المثل لم يجز أن يبيع بثمن المثل لانه مأمور بالنصح والنظر للموكل ، ولا نصح ولا نظر للموكل فى ترك الزيادة

وإن باع بثمن المثل ثم حضر من يزيد فى حال الخيار ففيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه فسخ البيع ، لأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزمه الفسخ بالشك .

(والثانى) يلزمه الفسخ وهو الصحيح ، لأن حال الخيار كحال العقد . ولو حضر فى حال العقد من يزيد وجب البيع منه ، فكذلك إذا حضر فى حال الخيار وقول القائل الاول : إنه قد لا يثبت على الزيادة فيكون الفسخ بالشك ، لا يصح لأن الظاهر أنه يثبت فلا يكون الفسخ بالشك ، وإن باع بنقصان يتغابن الناس بمثله ، بأن باع ما يساوى عشرة بتسعة صح البيع . وإن اشـترى بزيادة يتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوى عشرة بأحد عشرة صح الشراء ولزم الموكل ، لأن مايتغابن الناس بمثله يعد ثمن المثل ؛ ولأنه لا يمكن الاحتراز منه فعفى عنه

وإن اشترى بزيادة لا تتغابن الناس بمثلها بأن ابتاع ما يساوى عشرة باثنى عشر فان كان بعين مال الموكل بطل الشراء ، لأنه عقد على ماله عقداً لم يأذن فيه ، وإن كان فى الذمة لزم الوكيل لأنه اشترى فى الذمة بغير إذن فوقع الملك له . وإن باع بنقصان لا يتغابن الناس بمثله بأن باع ما يساوى عشرة بثمانية لم يصح البيع لأنه بيع غير مأذون فيه ، فإن كان المبيع باقياً رد ، وإن كان تالفا وجب ضمانه

وللموكل أن يضمن الوكيل لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ؛ وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه ، فان اختار تضمين المشترى ضمن جميع القيمة ، وهو عشرة ، لأنه ضمن المبيع بالقبض فضمنه بكمال البدل ، وإن اختار تضمين الوكيل ففيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه يضمنه جميع القيمة ، لأنه لزمه رد المبيع فضمن جميع بدله

(والثانى) يضمنه تسعة لأنه لو باعه بتسعة جاز ، فلا يضمن مازاد ويضمن المشترى تمام القيمة وهو درهم

(والثالث) يضمنه درهما لأنه لم يفرط إلا بدرهم ، فلا يضمن غيره ويضمن المشترى تمام القيمة وهو تسعة ؛ وما يضمنه الوكيل يرجع به على المشترى ، وما يضمنه المشترى لا يرجع به على الوكيل ؛ لأن المبيع تلف فى يده فاستقر الضمان عليه .

وإن قدر الثمن فقال : بع بألف درهم ، لم يجز أن يبيع بما دونها ، لأن الإذن فى الألف ليس بإذن فيما دونها ، وإن باع بألفين نظرت ، فان كان قد عين من يبيع منه لم يجز ؛ لأنه قصد تمليكه بألف فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وإن لم يعين من يبيع منه جاز . لأن الاذن فى الالف إذن فيما زاد من جهة العرف . لان من رضى بألف رضى بألفين

وإن قال بع بألف ولا تبع بما زاد لم يجز أن يبيع بما زاد ، لانه صرح بالنهى فدل على غرض قصده فلم يجز مخالفته وإن قال بع بألف فباع بألف وثوب ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح لانه حصل له الالف وزيادة ، فصار كما لو باع بألفى درهم (والثانى) أنه لا يصح ، لان الدراهم والثوب تتقسط على السلعة فيكون ما يقابل الثوب من السلعة مبيعا بالثوب . وذلك خلاف ما يقتضيه الإذن : فان

الاذن يقتضي البيع بالنقد . فعلى هذا هل يبطل العقد فى الدراهم ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة

وإن وكله فى بيع عبد بألف فباع نصفه بألف جاز ، لأنه مأذون له فيه من جهة العرف ، لأن من يرضى ببيع العبد بألف يرضى ببيع نصفه بالألف ، فان باع نصفه بما دون الالف لم يصح ، لأنه ربما لم يمكنه بيع الباقى بتمام الالف . وإن وكله فى بيع ثلاثة أعبد بألف فباع عبداً بدون الالف لم يصح ، لأنه قد لا يشترى الباقى بما بقى من الالف ، وإن باع أحد الثلاثة بألف جاز ، لان من رضى ببيع ثلاثة بألف رضى ببيع أحدهم بالف

وهل له أن يبيع الآخرين فيه وجهان (أحدهما) لا يملك لانه قد حصل المقصود وهو الالف (والثانى) أنه يجوز لأنه أذن له فى بيع الجميع فلا يسقط الاذن ببيع واحد منهم ، كما لو لم يقدر الثمن . وإن وكله فى شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين لزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف . لان من رضى أن يشترى عبداً بمائة رضى أن يشتريه بخمسين ، وإن قال اشتر بمائة ولا تشتر بخمسين جاز أن يشترى بمائة ، لانه مأذون فيه ، ولا يشترى بخمسين لانه منهى عنه ، ويجوز أن يشترى بما بين الخمسين والمائة ، لانه لما أذن فى الشراء بالمائة دل على أنه رضى بالشراء بما دونها ، ثم خرج الخمسون بالنهى وبقى فيما زاد على مادل عليه المأمور به

وهل يجوز أن يشترى بأقل من الخمسين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لما نص على المائة دل على أن مادونها أولى إلا فيما أخرجه النهى (والثانى) لا يجوز لأنه لما نهى عن الخمسين دل على أن ما دونها أولى بالمنع . وإن قال اشتر هذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة لم يلزم الموكل .

وقال أبو العباس يلزم الموكل بمائة ويضمن الوكيل ما زاد على المائة لانه تبرع بالتزام الزيادة ، والمذهب الاول ، لأنه زاد على الثمن المأذون فلم يلزم الموكل . كما لو قال اشتر لى عبدا فاشتراه بأكثر من ثمن المثل ، ولانه لو قال: بع هذا العبد بمائة فباعه بمائة إلا عشرة لم يصح ، ثم يضمن الوكيل مانقص من المائة . فكذلك

إذا قال اشتر هـذا العبد بمائة فاشتراه بمائة وعشرة . لم يلزم الموكل ، ثم يضمن الوكيل ما زاد على المائه .

وإن وكله فى شراء عبد بمائة فاشترى عبدا بمائتين وهو يساوى المائتين ، لم يلزم الموكل ، لأنه غير مأذون فيه من جهة النطق ولا من جهـة العرف ، لأن رضاه بعبد بمائة لا يدل على الرضا بعبد بمائتين ، وإن دفع اليه ديناراً وأمره أن يشترى شاة فاشترى شاتين ، فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل لانه لايطلب بدينار مالا يساوى ديناراً ، وإن كان كل واحدة منهما تساوى دينارا نظرت ، فان اشترى فى الذمة ففيه قولان .

(أحدهما) أن الجميع للموكل ، لان النبي صلى الله عليه وسلم « دفع إلى عروة البارق ديناراً ليشترى له شاة فاشترى شاتين فباع إحداهما بدينار وأتى النبي (ص) بشاة ودينار فدعا له بالبركة » ولان الاذن فى شاة بدينار إذن فى شاتين بدينار ، لان من رضى شاة بدينار رضى شاتين بدينار

(والثانى) أن للموكل شاة لانه أذن فيه ، والاخرى للوكيل لانه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل

فان قلنا ان الجميع للموكل فباع إحـداهما فقد خرج أبو العباس فيه وجهين (أحدهما) أنه لا يصح لانه باع مال الموكل بغير إذنه فلم يصح (والثانى) أنه يصح لحديث عروة البارق ، والمذهب الاول ، والحديث يتأول

وإن قلنا إن للوكيل شـاة استرجع الموكل منه نصف دينار ، وإن اشترى الشاتين بعين الدينار ، فإن قلنا فيما اشترى فى الذمة : إن الجميع للموكل كان الجميع ههنا للموكل . وإن قلنا : إن إحداهما للوكيل والاخرى للموكل صح الابتياع للموكل فى إحداهما ويبطل فى الاخرى ، لانه لا يجوز أن يحصل الابتياع له بمال الموكل فبطل .

(الشرح) حديث عروة البارقى مر فى غير موضع الكلام عليه فى البيع والربا وأول الوكالة ، وقد أوفيناه حقه من البحث فليراجع .

أما الاحكام فقد قال المزنى : ومن باع بما لا يتغابن الناس بمثله فبيعه مردود .

لأنه تلف على صاحبه ، فهذا قول الشافعى ومعناه . وهذا صحيح . قال الماوردى للموكل فيما أذن له ببيعه حالتان : حالة إطلاق . وحالة تقييد

فأما حالة الإطلاق فهو أن يأذن لوكيله فى البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط ، أو على صفة ، فعلى الوكيل فى بيعه ثلاثة شروط :

(أحدها) أن يبيعه بغالب نقد البلد ، فان عدل الى غيره لم يجز

والشرط الثانى : أن يبيعه بثمن مثله ، فان باعه بما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل ، كان بيعه نافذاً ، ولموكله نافذاً استدلالا بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع ، وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل ، كالمطلق من عموم الكتاب والسنة ، فلما كان اسم البيع ينطبق على المبيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس به وعلى المؤجل ، وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه ، كما لو باعه بنقد البلد وبثمن المثل وبالمعجل . ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد بأنه بيع بجنس الأثمان فصح كالمبيع بنقد البلد

واستدل على جوازه إلى أجل بأن الأجل مدة ملحقة بالعقد فجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث ، وهذا كله خطأ . والدليل على ما قلنا على الشرط الاول وهو أن بيعه بغير نقد البلد لا يجوز هو أنه لما لم يصح من الوكيل فى الشراء أن يشترى بغير نقد البلد لم يصح من الوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد . وتحريره أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة فوجب ألا يصح بغير نقد البلد ، قياساً على الشراء ، أو لأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به لم يجز للوكيل أن يبيع به قياسا على البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات

والدليل على الشرط الثانى ، وهو أن بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز هو أنه عقد معاوضه عن وكالة مطلقة فوجب أن لا يصح بأكثر من ثمن المثل قياسا على الشراء ولان من لم يملك الهبة فى مال لم يملك المحاباة فيه كالوصى والعبد المأذون له فى التجارة ، ولأن المحاباة كالهبة لاعتبارها من الثلث ، فلما لم يصح من الوكيل فى البيع هبة المال أو بعضه لم تصح منه المحاباة فيه .

وتحريره أنه عقد استهلك به شيئا من مال موكله بغير إذنه فوجب أن يكون باطلا كالهبة ، فاذا ثبت ماذكرنا وأن المثل معتبر ، وأن البيع بما لا يتغابن الناس

بمثله ، فالاعتبار بالغبن عرف الناس فى مثل المبيع ، وليس له حد مقدر .

وقال مالك : حد الغبن فى البيوع الثلث فصاعداً لقوله صلى الله عليه وسلم « الثلث والثلث كثير »

وقال أبو حنيفة : حد الغبن من العُشر فصاعداً لأنه أقل ما يجب فى زكوات الزروع والثمار .

قال الماوردى : وكلا المذهبين فاسد ، لأن عرف الناس فيما يكون غبنا كثيراً يختلف باختلاف الأجناس ، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبنا كثيرا : وهو الحنطة والشعير والذهب والورق . ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً ، كالرقيق والجوهر ، فلم يجز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه فى عرفهم . ووجب الرجوع فيه اليهم .

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله كان بيعه باطلا ولا ضمان عليه ما لم يسلم المبيع ؛ فان سلمه كان ضامنا ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً ، فان هلك فى يد المشترى كان كل واحد من الوكيل والمشترى ضامنا . أما المشترى فضامن بجميع القيمة ؛ لأنه قابض عن عقد بيع فاسد . وأما الوكيل ففى قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعى فى كتاب الرهن الصغير (أحدهما) أنه يضمن جميع القيمة (والثانى) أنه يضمن ما غبن به من قدر المحاباة ؛ لأن به فسد العقد ولزم الضمان وقد مضى من التفريع فى كتاب الرهن ما يقنع .

والدليل على الشرط الثالث وأن بيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو أن الاجل فى البيوع يدخل تارة فى المثمن فيصير سلما ، وتارة فى الثمن فيكون دينا ، فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الاجل فى الثمن لم يجز أن يدخل الاجل فى المثمن على ما مضى فى الفصل قبله

(فرع) قال الماوردى رحمه الله تعالى :

« وأما المختص بقدر الثمن وصورته أن يقول : بع بمائة درهم ، فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط ، فان فعل كان البيع باطلا ، ولو باعه بأكثر من مائة درهم كان البيع جائزا لحصول المائة التى أرادها ، والزيادة عليها زيادة حظ له ،

إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه ، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة ، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره ؛ لانه لما نص على القدر صار مسامحا له بالزيادة عليه . فلو باع نصف العبد بمائة درهم صح البيع ، لان بقاء نصف العبد مع حصول المائة التى أرادها أحظ ، فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط لم يجز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة .

فلو وكله ببيع عبيد فباع كل عبد فى عقد ، فإن لم يذكر له قدر الثمن جاز . لان العادة فى بيع العبيد جارية بإفرادهم فى العقود . ولو ذكر له قدر الثمن فقال : بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم . فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز لانه قد لا يشترى العبدان الآخران بما بقى من تكملة الالف وإن باع أول صفقة بأكثر من ألف درهم جاز . وهل يجوز بيع الاثنين الآخرين بعد حصول الالف ؟ على وجهين

أحدهما : لا يجوز ، لان مقصوده بالبيع حصول الالف من ثمنه ، فصارت الوكالة مقصورة عليها وباطلة فيما سواها

والوجه الثانى : أنه يجوز له بيع من بقى منهم لانعقاد الوكالة ببيعهم . ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم مانعا من بيع باقيهم . كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف . ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الالف ، ويكون عن بيع باقيه بالزيادة على الألف .

فأما العدد من الثياب إذا وكله فى بيعها وأمكن أن يبتاع صفقة وتفاريق . فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الامرين لموكله فى بيع جميعها صفقة أو أفرادا كل واحد منها بعقد . فان عدل عن أحظهما لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به ، اه

(قلت) وكلام المصنف فى المهذب يفيد أن البيع يصح وينفذ فى كل حالة نقص فيها الثمن عن القدر الذى أذن فيه وضمنه الوكيل — أعنى ضمن الفرق الذى ينقص عن القدر المأذون فيه — كأن أذن له فى البيع بمائة فباع بتسعين كان على الوكيل ضمان النقص وهو العشرة ، ونتيجة هذا أن البيع ينفذ بحصول الموكل على الثمن الذى حدده بكماله ، وذلك بضمان مقدار النقص على الوكيل

ومثل ما ذكر فى البيع يكون فى الشراء فلو أمره أن يشترى شاة بعشرة فاشتراها بأحد عشرة كان عليه ضمان الفرق ولا يلزم الموكل سوى عشرة ، وهذا هو تخريج أبى العباس بن سريج رحمه الله تعالى .

هذا وبقية ما ورد فى هذا الفصل مضى بيانه فى شرح الفصول السابقه : لأن المصنف فى هذا الفصل ضمنه ما ورد فى بعض الفصول السابقه ، وقد شرحناها والله المستعان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ إذا اشترى الوكيل ما أذن فيه الموكل انتقل الملك إلى الموكل لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه وان اشترى مالم يأذن فيه ، فإن كان قد اشتراه بعين مال الموكل ، ، فالعقد باطل ، لأنه عقد على مال لم يؤذن فى العقد عليه ، فبطل كما لو باع مال غيره بغير إذنه ، وإن اشتراه بثمن فى الذمة نظرت ، فإن لم يذكر الموكل فى العقد لزمه ما اشترى ، لانه اشترى لغيره فى الذمة مالم يأذن فيه فانعقد الشراء له كما لو اشتراه من غير وكالة ، وإن ذكر الموكل فى العقد ففيه وجهان (أحدهما) أن العقد باطل ، لانه عقد على أنه للموكل والموكل لم يأذن فيه فبطل (والثانى) أنه يصح العقد ويلزم الوكيل ما اشتراه ، وهو قول أبى إسحاق ، وهو الصحيح ، لانه اشترى فى الذمة ولم يصح فى حق الموكل فانعقد فى حقه كما لو لم يذكر الموكل .

﴿ فصل ﴾ وإن وكله فى قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء ، لأنه مأمور بالنظر والاحتياط للموكل ؛ ومن النظر أن يشهد عليه لئلا يرجع عليه ، فإن ادعى الوكيل أنه قضاه وأنكر الغريم لم يقبل قول الوكيل على الغريم ، لان الغريم لم يأتمنه على المال ، فلا يقبل قوله عليه فى الدفع ، كالوصى إذا ادعى دفع المال إلى الصبي ، وهل يضمن المال للموكل ؟ ينظر فيه فإن كان فى غيبة الموكل وأشهد شاهدين ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن ، لأنه لم يفرط ، وإن لم يشهد ضمن لانه فرط .

وان أشهد شاهداً واحداً ففيه وجهان (أحـدهما) لا يضمن ، لأن الشاهد مع اليمين بينة (والثاني) يضمن لأنه فرط حيث إنه اقتصر على بينة مختلف فيها وان كان بحضر الموكل وأشهد لم يضمن ، وإن لم يشهد ففيه وجهان .

أحدهما : لا يضمن ، لان المفرط هو الموكل ، فإنه حضر وترك الاشهاد .

والثاني : أنه يضمن لان ترك الإشهاد يثبت الضمان فلا يسقط حكمه بحضور الموكل ، كما لو أتلف ماله وهو حاضر ، وان وكله فى إيداع ماله عند رجل فهل يلزمه الاشهاد ؟ ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه لأنه لا يأمن أن يجحد فيشهد عليه الشهود .

والثاني : لا يلزمه ، لأن القول قول المودع فى الرد والهلاك ، فلا فائدة فى الاشهـاد ، وإن وكله فى الايداع فادعى أنه أودع وأنكر المودع لم يقبل قول الوكيل عليه ، لانه لم يأتمنه المودع فلا يقبل قوله عليه ، كالوصى إذا ادعى دفع المـال إلى اليتيم ، وهل يضمن الوكيل ؟ ينظر فيه ، فإن أشهد ثم مات الشهود أو فسقوا لم يضمن ؛ لانه لم يفرط ، وإن لم يشهد — فإن قلنا : إنه يجب الاشهاد ضمن لانه فرط ، وإن قلنا : لا يجب لم يضمن لانه لم يفرط .

(الشرح) الاحكام : قال المزنى رحمه الله تعالى : لو دفع اليه مالا اشترى به طعاماً فيسلفه ، ثم اشـترى له بمثله طعاماً فهو ضامن للمال والطعام ، لانه خرج من وكالته بالتعدى ؛ واشترى بغير ما أمره به

اعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقدير المذهب فيها ليكون الجواب فى المسألة مبنيا عليها ، وهو أن الرجل إذا وكل رجلا فى ابتياع متاع له فلا يخلو حاله من أحد أمرين ، إما أن يدفع اليه ثمنه أم لا ، فإن لم يدفع الثمن اليه جاز للوكيل أن يشتريه بثمن فى ذمته ناويا به أنه لموكله ، فيكون بالعقد واقعا للموكل دون الوكيل .

وقال أبو حنيفة : يقع الملك بالعقد للوكيل ، ثم ينتقل الى الموكل استدلالا بأن ما ملكه الانسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد ، ثم انتقل عنه الى متملكه كالشفعة يقع الملك الى المشترى ثم ينتقل عنه الى الشفيع ، ولأن الوكيل يلزمه

الثمن بعقده فوجب أن يقع له الملك بعقده ، لأن الثمن فى مقابلة المثمن ، ولأنه لما كان شروط العقد والافتراق معتبراً بالعاقدين اقتضى أن يكون موجبه من الملك واقعا للعاقدين .

ودليلنا أن كل ما عقده الوكيل للموكل اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل كالنكاح ، ولأن كل من ناب فى العقد عن غيره وقع الملك به للمعقود له دون عاقده قياسا على ولى اليتيم .

(فرع) قال المزنى : ولو أمر الموكل الوكيل بدفع مال الى رجل فادعى أنه دفعه اليه لم يقبل منه الا ببينة اه

قلت : وصورة ذلك تتضح فى رجل أمر وكيله بدفع مال الى رجل فادعى الوكيل الدفع وأنكر المدفوع اليه القبض ، فلا يخلو حال ذلك المال من أربعة أقسام . أحدها : أن يكون دينا فى ذمة الموكل ، فقول الوكيل فى الدفع غير مقبول على المدفوع اليه ، لأن الموكل لو ادعى دفع الدين لم تقبل دعواه ، فوكيله فى دفعه أولى أن لا تقبل دعواه ، ويكون صاحب الدين على حقه فى مطالبة الموكل بدينه ، وليس له مطالبة الوكيل به
فأما قبول قول الوكيل على الموكل فلا يخلو حال الموكل من أن يصدقه على الدفع أو يكذبه فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع لم يقبل قوله عليه ، وكان ضامنا له لأنه ، وان كان أمينا له بقوله — غير مقبول فى الدفع الى غيره . ألا ترى أن الوصى أمين الموصى ، ولا يقبل قوله على اليتيم فى دفع ماله اليه ، لأنه يدعى دفعا الى غير من ائتمنه . وكذلك أمره الله تعالى بالاشهاد على اليتيم فى دفع ماله اليه بقوله « فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم » لان غير الايتام قد ائتمنوهم .

وقال فى غير الأوصيا « فان أمن بعضكم بعضا . فليؤد الذى اؤتمن أمانته » فأمره بأداء الامانة الى من ائتمنه من غير اشهاد . لان قوله فى الدفع مقبول . وأمر الأوصياء بالاشهاد . لان قولهم فى الدفع غير مقبول . فاذا ثبت أن قول الوصى غير مقبول فى دفع مال اليتيم اليه . وان كان مؤتمنا لان الائتمان من جهة غيره فكذا قول الوكيل غير مقبول فى دفع المال الى غير موكله ؛ وان كان مؤتمنا

لأنه دفع إلى غير مؤتمنه ، أو لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصيا مات ، أو موكلا باقياً . فأما إن صدق الموكل وكيله في الدفع فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضرا للدفع أو غائبا عنه ، فإن كان غائباً عنه فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل ، كما كان ضامنا مع تكذيبه ، لأنه وإن صدقة على الدفع فقد فرط بترك الإشهاد ، لأن أمره بالدفع يقتضى دفعا يبديه من المطالبة ، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالاشهاد ، فصار الاشهاد من مقومات الدفع ؛ وكما نقول فى الاشهاد نقول فى التوثيق والاشهار وكتابة الصكوك مع توقيع المدفوع اليه ، لأن العرف فى زماننا هذا وفشو الفساد واستحلال المحرمات ، وصعوبة الاثبات بغير الوثائق المكتوبة صار من مقومات الدفع اعتبار هذه العناصر من البينات ، وعدم التفريط فيها .

فصار الوكيل بترك الاشهاد مفرطا فيضمن به كما يضمن بالجناية

وإن كان الوكيل حاضرا لدفع الوكيل ففى وجوب الضمان على الوكيل وجهان (أحدهما) لا ضمان عليه ؛ والاشهاد غير لازم له ، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى لنفسه الاشهاد ، لأن ما كان من شروط الدفع مع غيبة الموكل كان من شروطه مع حضوره ، وليس ما اتفق من حضور الموكل بمسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل .

والقسم الثانى : أن يكون المدفوع عينا مضمونة فى يد الموكل كالعوارى والمغصوب ، فيدعى الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها ، وينكر ربها ذلك فالقول قوله مع يمينه ؛ وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما فى الدفع ، ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل بخلاف الدين الذى لا يرجع صاحبه به على الوكيل ؛ لأن الوكيل فى قضاء الدين لم تثبت له يد على عين مال لرب الدين ، وقد ثبت للوكيل فى العارية والغصب فكانت يد الوكيل فى وجوب الضمان كالموكل ، فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع

وإن صدقه على الدفع وكان غائبا عن الدفع رجع به ايضا ، وإن كان حاضرا فعلى ما ذكرنا من الوجهين ، وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل لم يرجع

الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائبا ، وهل يرجع به إن كان حاضراً معه على الوجهين .

والقسم الثالث : أن يكون ذلك وديعة فى يد الموكل ، فلا يخلو حال رب الوديعة من أحد أمرين : إما أن يكون قد أذن للمودع أن يوكل فى ردها أم لا ، فإن لم يأذن له فى التوكيل فى رد الوديعة عليه فقول الوكيل غير مقبول فى الرد والمودع ضامن للوديعة ، وهل يكون الوكيل ضامنا لها أم لا ؟ على وجهين . وإن أذن له ان يوكل فى ردها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يصدقه على التوكيل . فيكون قول الوكيل فى هذا مقبولا على رب الوديعة فى ردها عليه ، لأنه قد صار وكيلا له ، وقول الوكيل مقبول على موكله

والضرب الثانى : أن يكذبه فى التوكيل مع اعترافه بالإذن فيه . فهل يقبل قول المودع فى الوكالة أم لا . على وجهين (أحدهما) يقبل قوله ، لأن التوكيل من جهته ، فعلى هذا يصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة ، ويصير قول الوكيل مقبولا عليه فى الرد . والوجه الثانى : أن قول المودع غير مقبول فى الوكالة لأنه يدعى عقد توكيل على غيره ، فعلى هذا لا يقبل بقبول الوكيل فى الرد ، ويصير المودع ضامنا ، وليس له اذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل ، لأن المودع مفرط بترك الإشهاد فى التوكيل ، فصار ضامنا لتفريطه . فلم يجز أن يرجع به على غيره .

والقسم الرابع : أن يكون ذلك وديعه للموكل ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل فيدعى الوكيل تسليمها اليه فيكذب فى دعواه فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام .أحدها أن يكذبه المالك الموكل فى الدفع ويكذبه المودع فى القبض ، ففيه وجهان من اختلافهم فى وجوب الاشهاد عليه عند الدفع (أحدهما) يجب عليه الاشهاد ، كما يجب عليه فى قضاء الدين ، فعلى هذا يكون الوكيل بترك الاشهاد مفرطا . وقوله فى الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول . والوجه الثانى : أن الاشهاد لا يجب عليه فى دفع الوديعة . لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الاشهاد عليه كان مقبول القول فيه . فعلى هذا لا يكون مفرطا . وقوله فى الدفع مقبول

القسم الثاني: أن يصدقه المالك الموكل ويكذبه المودع . فلا ضمان على الوكيل وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه في سقوط الضمان عنه ، وغير مقبول على المودع . فإذا حلف المودع : ما تسلم منه الوديعة برىء من الدعوى

القسم الثالث: أن يصدقه المودع على قبضها منه ويدعى تلفها وتكذيب المالك الموكل لقول الوكيل مقبول وهو من ضمانها برىء لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه فلما برىء من الاشهاد عليه فأولى أن يبرأ بالاقرار والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان عليه حق لرجل فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه ، جاز أن يدفع اليه : ولا يجب الدفع اليه . وقال المزني : يجب الدفع اليه ، لأنه أقر له بحق القبض ؛ وهذا لا يصح لأنه دفع غير مبرىء فلم يجبر عليه ، كما لو كان عليه دين بشهادة فطولب به من غير إشهاد . فان دفع اليه ثم حضر الموكل وأنكر التوكيل فالقول قوله مع يمينه : أنه ما وكل ، لأن الأصل عدم التوكيل ، فإذا حلف نظرت . فان كان الحق عينا أخذها إن كانت باقية ورجع ببدلها إن كانت تالفة ، وله أن يطالب الدافع والقابض . لأن الدافع سلم الى من لم يأذن له الموكل . والقابض أخذ ما لم يكن له أخذه . فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض . وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع . لأن كل واحد منهما يقول : إن ما يأخذه المالك ظلم فلا يرجع به على غيره .

وإن كان الحق دينا فله أن يطالب به الدافع . لأن حقه في ذمته لم ينتقل . وهل له أن يطالب القابض ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يطالب . وهو قول أبي اسحاق لأنه يقر بأنه قبض حقه فرجع عليه كما لو كان الحق عينا (والثاني) ليس له . وهو قول أكثر أصحابنا . لأن دينه في ذمة الدافع لم يتعين فيما صار في يد القابض فلم يجز أن يطالب به . وان جاء رجل الى من عليه الحق وادعى أنه وارث صاحب الحق فصدقه وجب الدفع اليه لأنه اعترف بأنه لا مالك له غيره وأن دفعه اليه دفع مبرىء فلزمه . وان جاء رجل فقال : أحالني عليك صاحب الحق فصدقه . ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه الدفع اليه ، لأنه أقر له أنه انتقل الحق اليه فصار كالوارث (والثانى) أنه لا يلزمه لأن الدفع غير مبرىء . لأنه ربما يجىء صاحب الحق فينكر الحوالة فيضمنه ، وإن كذبه لم يلزمه الدفع اليه فى المسائل كلها وهل يحلف إن قلنا : إنه إن صدقه لزمه الدفع اليه حلف ، لأنه قد يخاف اليمين فيصدقه فيلزمه الدفع اليه . وان قلنا لا يلزمه الدفع اليه إذا صدقه لم يحلف لأن اليمين يعرض ليخاف فيصدق ، ولو صدق لم يلزمه الدفع فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) الأحكام : قال المزنى : ولو كان لرجل على رجل حق ، فقال له رجل : وكلنى فلان بقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فتلف وأنكر رب الحق أن يكون وكله فله الخيار ، فإن أغرم الدافع على القابض لأنه يعلم أنه وكيل برىء ، وان أغرم القابض لم يكن له الرجوع على الدافع لأنه يعلم أنه مظلوم وبرىء .

وصورتها فيمن غاب وله مال على رجل أو فى يده ، فحضر رجل ادعى وكالة الغائب فى قبض ماله ، فان أقام على ما ادعاه من الوكالة بينة عادلة حكم بها والبينة شاهدان عدلان ، فان كان فيهما ابن مدعى الوكالة لم تقبل شهادته ، لأنه يشهد لأبيه ، وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق لم يقبل ، لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من صاحب الحق بهذا الدفع ، ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه لا له ، فاذا قامت البينة بالوكالة أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه الى الوكيل ، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه ان شاء ، وتوكيله ان شاء ، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه الى وكيل مالكه ، وان لم يكن لمدعى الوكالة بينة يثبت بها الوكالة لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه الى مدعى الوكالة ، سواء صدقه على الوكالة أو كذبه ،

وقال أبو حنيفة وكذا قال المزنى : ان صدقه على الوكالة لزمه دفع المال اليه كالمصدق لمدعى سداد رب المال يلزمه دفع المال اليه .

وهذا خطأ من وجهين . أحدهما وهو تعليل أبى اسحاق : انه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند انكار الوكالة ومن لم يبرأ بالدفع عند انكاره لم يجبر . ألا ترى أن من عليه حق بوثيقة فله الامتناع من الدفع الا باشهاد صاحب الحق على نفسه

ولو لم تكن عليه وثيقة ففى جواز امتناعه لأجل الشهادة وجهان (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى : له أن يمتنع لأنه لا يتوجه يمين عند ادعائه بعد دفعه (والثانى) ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد ، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف باراً .

والتعليل الثانى — وهو تعليل أبى على بن أبى هريرة — أنه مقر فى ملك غيره، ومدع عقد وكالة لغيره ، فلم تقبل دعواه ، ولم يلزم إقراره ، ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق ، وأن هذا الحاضر وصيه فى قبض دينه لم يلزم دفع المال اليه ، وان اقر باستحقاق قبضه ، فكذا الوكيل ، فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال اليه ؛ والفرق بينه وبين الوكيل أنه مقر للوارث بالملك ، فيلزمه الدفع لأنه بين أنه من الحق ، ولا يصير الوكيل مالكا ، ولا يبرأ بقبضه من الحق .

فأما ان أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به ، فهل يلزمه دفع المال اليه باقراره ؟ أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لأنه مقر له بالملك فصار كإقراره للوارث (والثانى) لا يلزمه لانه لا يبرأ بالدفع عند الجحود ، فصار كإقراره بالتوكيل .

فاذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل أو يكذبه فان كذبه على الوكالة وأنكره فلا يمين عليه ، وعليه عند أبى حنيفة والمزنى اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق ؛ ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع اليه المال ، وان صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال اليه لما ذكرنا ، لكن يجوز له فى الحكم أن يدفعه اليه ، فان دفعه اليه ، وقدم صاحب الحق فلا يخلو حاله من أحد أمرين اما أن يعترف بالوكالة أو ينكرها ، فان اعترف بها برىء من عليه الحق بالدفع سواء وصل الموكل الى حقه من وكيله أو لم يصل اليه بتلفه .

فان أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف فله المطالبة ، ثم لا يخلو حال حقه من أحد أمرين ، اما أن يكون عيناً أو ديناً ، فان كان حقه عيناً قائمة كالمغصوب والعوارى والودائع فكل واحـــد من الدافع والقابض ضامن لها ،

أما الدافع فلتعديه بالدفع . وأما القابض فليده عند إنكار توكيله ، ويكون ربها بالخيار فى مطالبة من شاء بها من الدافع والقابض ، سواء كانت باقية أو تالفة ، إلا أنها إن كانت باقية فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة : فان طالب بها الدافع وأغرمه برئا ولم يرجع الدافع على القابض بغرمها لأنه مقر أن القابض وكيل برىء منها وأنه هو المظلوم بها .

وان طالب القابض فأغرمه برئا ، ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها : لأنه مقر ببراءته منها ، وأنه هو المظلوم بها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل إذا شاء ، ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه متى شاء ، لأنه أذن فى التصرف فى ماله لجاز لكل واحد منهما ابطاله كالاذن فى أكل طعامه ، وان رهن عند رجل شيئا وجعلاه على يد عدل واتفقا على أنه يبيعه اذا حل الدين ثم عزله الراهن عن البيع انعزل لأنه وكيله فى البيع فانعزل بعزله كالوكيل فى بيع غير الرهن .

وان عزله المرتهن ففيه وجهان (أحـدهما) أنه ينعزل ؛ وهو ظاهر النص لأنه يبيع الرهن لحقه ، فانعزل بعزله كالراهن (والثانى) لا ينعزل ، وهو قول أبى اسحاق لأنه ليس بوكيل له فى البيع ، فلم ينعزل بعزله ، وان وكل رجلا فى تصرف وأذن له فى توكيل غيره نظرت ، فان أذن له فى التوكيل عن الموكل فهما وكيلان للموكل ، فان بطلت وكالة أحدهما لم تبطل وكالة الآخر ، وان أذن له فى توكيله عن نفسه فان الثانى وكيل الوكيل ، فان عزله الموكل انعزل لانه يتصرف له فملك عزله كالوكيل ، وان عزله الوكيل انعزل ، لأنه وكيله فانعزل بعزله ، وان بطلت وكالة الوكيل بطلت وكالته ، لانه فرع له ، فاذا بطلت وكالة الاصل بطلت وكالة الفرع .

وان وكل رجلا فى أمر ثم خرج عن أن يكون من أهـل التصرف فى ذلك الأمر بالموت أو الجنون أو الإغماء أو الحجر أو الفسق بطلت الوكالة ، لأنه

لا يملك التصرف فلا يملك غيره من جهته ، وإن أمر عبده بعقد ثم أعتقه أو باعه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا ينعزل كما لو أمر زوجته بعقد ثم طلقها .

(والثاني) أنه ينعزل ، لأن ذلك ليس بتوكيل فى الحقيقة ، وإنما هو أمر ولهذا يلزم امتثاله ، وبالعتق والبيع سقط أمره عنه ، وإن وكل فى بيع عين فتعدى فيها بأن كان ثوباً فلبسه ، أو دابة فركبها ، فهل تبطل الوكالة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما : تبطل فلا يجوز له البيع ، لأنه عقد أمانة فتبطل بالخيانة كالوديعة . والثانى : أنها لا تبطل ، لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفا ؛ فاذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقى التصرف ، كالرهن يتضمن أمانة ووثيقة ، فاذا تعدى فيه بطلت الأمانة وبقيت الوثيقة .

وان وكل رجلا فى تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ، ففيه قولان . (أحدهما) لا ينعزل ، فان تصرف صح تصرفه ، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهى كأمر صاحب الشرع (والثانى) أنه ينعزل ، فان تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر الى رضاه فلم يفتقر الى علمه كالطلاق .

﴿ الشرح ﴾ الأحكام : لما كانت الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه أذن فى التصرف ، فكان لكل واحد منهما ابطاله ، كما لو أذن فى أكل طعامه ، وتبطل أيضا بموت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ، ولا خلاف فى هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك ، فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعى فيه قولان ، وظاهر النص أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر الى رضا صاحبه ، فلا يفتقر الى علمه كالطلاق والعتاق والى هذا ذهب الخرقى من الحنابلة .

والقول الثانى وهى الرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليه فى رواية جعفر بن محمد امام العترة ، لأنه لو انعزل قبل علمه

كان فيه ضرر ، لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة ، وربما باع الطعام فيأكله المشترى أو غير ذلك من اطـلاق يد المشترى ويجب ضمانه . فيتضرر المشترى والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المـأمور قبل علمه بالفسخ . فعلى هذا لو تصرف قبل العلم نفذ تصرفه .

وعن أبى حنيفة أنه ان عزله الموكل فلا ينعزل قبل علمه لـما ذكرنا ، وان عزل الوكيل نفسه لم ينعزل الا بحضرة الموكل ، لأنه متصرف بأمر الموكل ، فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالمودع فى رد الوديعة .

ولنا ما تقدم ، فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما مفترقان ، فان أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه : ولا يكون عاصيا من غـير علمه ، وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف ، فلا يمنع منه عدم العلم .

ومتى خرج أحدهما عن أن يكون من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكمه حكم الموت . لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته .

فاذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل . وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها ، لانه لم يخرج عن كونه أهـلا للتصرف . وان حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله . وان كانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطـلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها . لان الموكل أهل لذلك . وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامه ، وان فسق الوكيل لم ينعزل . لانه من أهل التصرف . الا أن تكون الوكاله فيما ينافيه الفسق كالايجاب فى عقد النكاح فانه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف . فان كان وكيلا فى القبول للموكل لم ينعزل بفسق موكله لانه لا ينافى جواز قبوله .

وهل ينعزل بفسق نفسه ؟ فيه وجهان .

وان كان وكيلا فيما تشترط فيه الامانه كوكيل اليتيم وولى الوقف على المساكين ونحو هذا انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلا لوكيل من يتصرف فى مال نفسه انعزل بفسقه . لان الوكيل

ليس له توكيل فاسق . ولا ينعزل بفسق موكله . لأن موكله وكيل لرب المال ، ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاغماء . لأن ذلك لايخرجه عن أهلية التصرف . ولا تثبت عليه ولاية إلا أن يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما أسلفنا

(فرع) إذا تعدى فيما وكل فيه ، مثل أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فهل تبطل الوكالة . وجهان (أحدهما) تبطل الوكالة لأنها عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة (الثانى) لا تبطل الوكالة بالتعدى فيما وكل فيه ، وبهذا الوجه قال أحمد وأصحابه . لأنه إذا تصرف فإنما يتصرف فى نطاق إذن موكله فكان كما لو لم يتعد فصح ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة فنافاها التعدى والخيانة ، والوكالة إذن فى التصرف تضمنت الأمانة ، فإذا انتفت الأمانة بالتعدى بقى الإذن بحاله . فعلى هذا لو وكله فى بيع ثوب فلبسه صار ضامنا ، فإذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله فى ملك المشترى وضمانه ، فإذا قبض الثمن كان أمانة فى يده غير مضمون عليه ، لأنه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه . وإذا دفع اليه مالا ووكله فى شراء شيء فتعدى فى الثمن فصار ضامنا له ، فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للمبيع قبض أمانة .

وإن وجد بالمبيع عيبا فرد عليه ، أو وجد هو بما اشترى عيباً فرده وقبض الثمن كان مضمونا عليه ، لأن العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه .

(فرع) إذا وكل امرأته فى بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تنفسخ الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ والوكيل أمين فيما فى يده من مال الموكل ، فان تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف ، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل فلم يضمن .

وإن وكله فى بيع سلعة وقبض ثمنها فباعها وقبض ثمنها . وتلف الثمن واستحق

المبيع رجع المشترى بالثمن على الموكل لأن البيع له فكان الرجوع بالعهدة عليه . كما لو باع بنفسه .

(الشرح) الاحكام : اليد فى أموال الغير على ثلاثة أقسام ، يد ضامنة ويد أمينة ، ويد اختلف الشـــافعى هل هى ضامنة أو أمينة ، فالاولى كيد الغاصب والمستعير والمساوم والمشترى والمستقرض ، وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم ، وإن كان هلاكه من غير تعديهم ، لأنهم أصلا بين متعد أو معاوض . والثانية كيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن ، فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم مالم يتعدوا ويفرطوا ، لأنه ليس فيهم متعد بيده ولا معاوض .

وأما اليد المختلف فيها فيد الاجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه ، ففيها قولان (أحدهما) أنها كيد المستعير عليها الضمان ، والثانى أنها كيد المودع لا ضمان عليها فيما هلك

فإذا تقرر هذا فإن الوكيل أمين فيما بيده لموكله ، ولا ضمان عليه إن هلك لامرين (أحدهما) أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه ، وهو لايلزم لنفسه ضمان ما بيده ، فكذلك الوكيل الذى هو بمثابته

(والثانى) أن الوكيل له عقد ارفاق ومعونة ، وفى تعلق الضمان بها مايخرج عن مقصود الارفاق والمعونة فيها : وسواء كانت الوكالة بعوض أو بغير عوض فكان أبو على الطبرى رحمه الله يقول : اذا كانت بعوض جرت مجرى الاجير المشترك فيكون وجوب الضمان على قولين . وهذا ليس بصحيح . لأنها اذا خرجت عن حكم الاجارة فى اللزوم خرجت عن حكمها فى الضمان

(فرع) قال المزنى : فإن طلب منه الثمن فمنعه فقد ضمنه الا فى حال لايمكنه فيه دفعه . قال الماوردى فى حاويه : وهذا كما قال : اذا كان مع الوكيل ثمن ماباع الموكل فطلب منه فمنعه ، فلا يخلو حال منعه من أحد أمرين . اما أن يكون بعذر أو بغير عذر . فان كان لعذر لحدوث مرض أو خوف منع من الوصول الى موضع الثمن . أو لخوف فوات فرض من جمعة أو مكتوبة قد ضاق وقتها .

أو لضياع مفتاح أو لملازمة غريم له الى ما جرى مجرى ذلك فهذا عذر فى تأخير الدفع ولا ضمان عليه ان تلف قبل الدفع . وان منعه لغير عذر صار ضامنا له . فان تلف كان عليه غرمه . فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا الخ »

(قلت) سيأتى مزيد ايضاح لهذا الفصل فى آخر فصل فى هذا الباب لتعلقها به هناك . أما بقية الكلام على أحكام هذا الفصل فنقول :

ان تلفت العين التى وكل فى التصرف فيها فقد بطلت الوكالة . لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كالو وكله فى بيع بقرة فماتت . ولو دفع اليه ديناراً ووكله فى الشراء به فهلك الدينار أو ضاع . أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة . سواء وكله فى الشراء بعينه أو مطلقا ، ويجرى عليه من الضمان ما أسلفنا ايضاحه من حيث التعدى والتفريط أو عكسهما واقه أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ اذا ادعى رجل على رجل أنه وكله فى تصرف فأنكر المدعى عليه فالقول قوله لانه ينكر عقداً الاصل عدمه فكان القول قوله . وان اتفقا على الوكالة واختلفا فى صفتها . بأن قال الوكيل : وكلتنى فى بيع ثوب . وقال الموكل : بل وكلتك فى عبد ، أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بألف وقال : بل بل وكلتك فى البيع بألفين . أو قال الوكيل : وكلتنى فى البيع بثمن مؤجل وقال الموكل : بل وكلتك فى البيع بثمن حال فالقول قول الموكل لانه ينكر اذنا والاصل عدمه ، ولان من جعل القول قوله فى أصل التصرف كان القول قوله فى كيفيته كالزوج فى الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا فى التصرف فادعى الوكيل أنه باع المال وأنكر الموكل أو اتفقا على البيع واختلفا فى قبض الثمن فادعى الوكيل أنه قبض الثمن وتلف وأنكر الموكل ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول الوكيل لانه يملك العقد والقبض . ومن ملك تصرفاً ملك الاقرار به ، كالاب فى تزويج البكر ،

(والثانى) أنه لا يقبل قوله . لأنه إقرار على الموكل بالبيع وقبض الثمن ، فلم يقبل كما لو أقر عليه أنه باع ماله من رجل وقبض ثمنه ، وإن وكله فى ابتيـاع جارية فابتاعهـا ثم اختلفا ، فقال الوكيل : ابتعتها بإذنك بعشرين . وقال الموكل : ما أذنت لك فى ابتياعهـا بعشرة ، فالقول قول الموكل لما بيناه . فإن حلف الموكل صارت الجارية للوكيل فى الظاهر ، لأنه قد ثبت أنه ابتاعهـا بغير الإذن ، فإن كان الوكيل كاذباً كانت الجارية له فى الظاهر والباطن ، وإن كان صادقا كانت الجارية للموكل فى الباطن ، وللوكيل فى الظاهر

قال المزنى : ويستحب الشافعى رحمه الله فى مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فبعه إياها بعشرين ، فان قال له : بعتك هذه الجارية بعشرين صارت الجارية للوكيل فى الظاهر والباطن

وإن قال كما قال المزنى : إن كنت أذنت لك فى ابتياعها بعشرين فقد بعتكها بعشرين ، فقد اختلف أصحابنا فيـه ، فمنهم من قال لا يصح ، لأنه بيع معلق على شرط فلم يصح ، وجعل ما قاله المزنى من كلام الحاكم لا من كلام الموكل . ومنهم من قال يصح ؛ لأن هذا الشرط يقتضيه العقد لأنه لا يصح أن يبيعها إلا أن يكون قد أذن له فى الابتياع بعشرين ، وما يقتضيه العقد لا يبطل العقد بشرطه فان امتنع الموكل من البيع قال المزنى: يبيعها الوكيل ويأخذ حقه من ثمنها . وقال أبو سعيد الاصطخرى فيه وجهـان

(أحدهما) ما قال المزنى .

(والثانى) أنه يملكها ظاهراً وباطنا بناء على القولين فيمن ادعى على رجل أنه اشترى منه داراً وأنكر المشـترى ، وحلف أن المستحب للمشترى أن يقول للبائع: إن كنت اشتريتهامنك فقد فسخت البيع ، وإن لم يفعل المشترى ذلك ففيه قولان (أحـدهما) أن البائع يبيع الدار ويأخذ ثمنها (والثانى) أن البائع يملك الدار لأن المشترى صار كالمفلس بالثمن لتعذر الثمن من جهته ، فيكون البائع أحق بعين ماله .

وقال أبو إسحاق : لا يملك الوكيل الجارية قولا واحداً ، وتخالف الدار لأنها كانت للبائع ، فاذا تعذر الثمن انفسخ البيع وعاد المبيع اليه كما يعود اذا

تحالف المتبايعان والجارية لم تكن للوكيل ، فتعود اليه عند التعـذر ، فان قلنا يملكها ظاهرا وباطنا تصرف فيها بالوطء وغيره . وان قلنا انها للموكل فى الباطن كان كمن له على رجل دين لا يصل اليه . ووجد له مالا من غير جنس حقه .

(الشرح) الأحكام : قال المزنى رحمه الله تعالى : فان كان وكله ببيع متاعه فباعه فقال الوكيل قد دفعت اليك الثمن فالقول قوله مع يمينه . وقال الماوردى فى حاويه : اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يقبل فيه قول الوكيل . وقسم لا يقبل فيه قوله . وقسم اختلف قوله فى قبول قوله[1] فيه . فأما القسم الأول وهو ما قبل فيه قول الوكيل على الموكل فهو فى رد ما قد ائتمنه عليه . وجملة الأيدى التى لا يتعلق بها ضمان أنها على ثلاثة أقسام

(أحدها) ما يقبل فيه (قول[2]) صاحبها فى رد ما كان معه ، وهو من ائتمنه المالك على ماله فى حق نفسه من غير نفع يعود (عليه) فى أمانته كالمودع ، فقوله فى رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول ، لأنه لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله عليه (مقبولا) كقوله على نفسه

(والثانى) من لا يقبل قوله وان كان أمينا فى رد ما بيده وهو من يده لحق نفسه كالمرتهن فلا يقبل قوله فى الرهن على راهنه ، لأنه ليس بنائب عنه ، فلم يقبل قوله عليه

(والثالث) من اختلف أصحابنا فى قبول (قوله) وهو من كان نائبا عن المالك لكن لنفع يعود عليه (من) نيابته ، كالعامل فى القراض ، والأجير المشترك ؛ فى قبول قولهم وجهان

(أحـدهما) أن قولهم مقبول فى رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك ، وهذا أظهر القولين (الوجهين) وهو قول الجمهور

---

(١) اختلاف قوله ، أى قول الإمام الشافعى رضى الله عنه ، وكذا كل ماجاء على هذا النحو من عود ضمير الغائب على غير مذكور فى اثبات قول أو حكم أو مذهب (٢) ما بين القوسين منا

(والثانى) وهو قول أبى على الطبرى : أن قولهم غير مقبول فى رد مابأيديهم لأن عود النفع اليهم بعملهم كالمتصرفين فى حق أنفسهم فلم يقبل قولهم كالمرتهن فإذا تقرر هذا الأصل فالوكيل إن كان متطوعا ، فقوله فى رد ما بيده مقبول على موكله ، وإن كان بأجرة ففى قبول قوله وجهان ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل .

وأما القسم الثانى : وهو مالا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل ، ، فهو أن يدعى إذناً فى تصرف لقول الوكيل : أمرتنى ببيع كذا ، أو بإعطاء زيد كذا فينكر الموكل ذلك ، فالقول قول الموكل دون الوكيل ، لأنه فى هـذه الدعوى بمثابة مدعى عقد الوكاله ، ومدعى الوكالة لا يقبل قوله فى ادعائها ، لذلك مدعى الإذن لا يقبل قوله فى ادعائه ، وكذلك إذا اتفقا على الإذن ، واختلفا فى صفته كقول الوكيل أمرتنى بإعطاء زيد ألفاً فقال : بل أمرتك بإعطائه ثوباً ، وكقوله أمرتنى ببيع عبدك بألف ، فقال : بل أمرتك بالمين ، فالقول فيه قول الموكل ، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل الا ببينه يقيمها على ادعاءه ، والبينة شاهدان عدلان لا غير ، لأنها بينة فى إثبات الوكاله .

وأما القسم الثالث : وهو ما اختلف قوله فى قبول (قول) الوكيل فيه على موكله ، فهو أن يوكل فى عمل فيدعى الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه ، وينكره الموكل ، كتوكيله فى بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق او إقباض مال ، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوبة له والمطلقة والقابض والمقبض : ففيه قولان محكيان عن الشافعى ، ووجهان ذكرهما ابن سريج ، فأحد قولى الشافعى أن القول فى جميع ذلك قول الموكل الا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه ، والبينة عليه معتبرة فى كونه مالا أو غير مال ، وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود فلم يلزم بمجرد الدعوى .

والقول الثانى : أن القول فى جميع ذلك قول الوكيل ، لان الموكل أقامه مقام نفسه ، بعد قوله عليه . فهذان قولا الشافعى المحكيان عنه .

وأما وجها أبى العباس بن سريج فإنه ذكر فى كتاب الوكالة بعد حكاية قول

الشافعي وجهين ذكر احتمالها ، ونص توجيههما ، أحد الوجهين أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والابراء كان قوله مقبولا فيه ؛ لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال صح إقراره به في تلك الحال وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به .

والوجه الثاني : وهو الذي عول عليه واعتمد على نصرته : إن كان الاقرار به كإيقاع (طلاق) قبل قوله فيه ، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه ، وهذان الوجهان إنما يكون للقول بها وجه إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقيا على الوكالة ، فأما منع عزله عنها فلا وجه لتخريجها لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا أمر الموكل وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه . فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل ، فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه كان قول الوكيل مقبولا عليه ، لكن مع يمينه ، لأنه اختلاف في الدفع ، ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشترى فهو على قولين . لأن الوكيل يدعى عملا ينكره الموكل ، وإن كذبه في البيع وقبض الثمن ، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا .

(فرع) إذا أمر الرجل وكيله أن يشترى سيارة ، فقال الوكيل : اشتريتها بألف ، قال الموكل : اشتريتها بخمسمائة فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه اشترى السيارة بألف - وثمة قول بأنه إذا كانت السيارة ليست بيده فالقول قول الموكل - وهذا ليس بصحيح ، بل قول الوكيل أولى في الحالين لقبول قوله في أصل الشراء وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه .

(فرع) قال المزني : ولو قال أمرتك أن تشترى هذه الجارية بعشرة فاشتريتها بعشرين . وقال الوكيل : بل أمرتني بعشرين فالقول قول الآمر مع يمينه وتكون الجارية في الحكم للموكل ، والشافعي يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالآمر فيقول : إن كنت أمرته أن يشتريها بعشرين فقد بعته إياها بعشرين ، ويقول للآخر : قد قبلت ، ليحل له الفرج ولمن يبتاعها منه .

وقد أثارت هذه العبارة من المزنى كلاما لدى الاصحاب ، لانه إن قبل فبيع الموكل معقود بشرط وهو قوله : ان كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين ، وهذا شرط يفسد معه البيع ، فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزنى من ذلك على وجهين .

أحدهما : أن المزنى انما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيها على معنى هذا العقد ، والسبب المقصود به من غير أن يذكراه فى نفس العقد ، فإذا ذكراه فيه لم يصح ، بل يعقد له مطلقاً من هذا الشرط ، وهذا قول أكثر البصريين .

والوجه الثانى : وهو قول أبى على بن أبى هريرة وجمهور البغداديين أنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك لانه هكذا يكون فى الحكم لجائز أن يكون ملفوظا به فى العقد .

(فرع) اذا ثبت ما أسلفنا فللموكل حالتان :

احداهما : أن يجيب الى بيعها على الوكيل ان كان صادقا فيصير الوكيل مالكا لها ظاهراً وباطنا . ويجوز له امساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل من ثمنها

والحال الثانية : أن لا يجيب الى بيعها فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك ، ولو كان مالكا لم يجبر على بيع ملكه ، وهل يكون الوكيل مالكا لها أم لا ؟ على وجهين

أحدهما : وهو قول أبى سعيد الإصطخرى انه قد ملكها ملكا تاما ظاهراً وباطنا لان الملك قد انتقل عن الموكل بثمنه فاقتضى أن ينتقل الى الوكيل بعقده ، فعلى هذا يجوز للوكيل أن يمسكها ، وان باعها ملك الفضل فى ثمنها .

والوجه الثانى : وهو قول أبى اسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : انه لا يصير مالكا لها ، وانما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه ، لأنه مقر بأنها ملك لموكله ، فعلى هذا لا يجوز أن يستمتع بها ، وان كان فى ثمنها فضل لم يملكه ، وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يبيعها بنفسه (والثانى) يتولاه الحاكم ؛ فإن كان الثمن بقدر ما دفع فقد استوفاه ، وان كان أقل فلا رجوع له ينافيه ، وان كان أكثر فلا حق له فى الزيادة .

وهل يجوز اقرارها فى يده ؟ أم ينزعها الحاكم منه ؟ على وجهين ، أحدهما :

يقرها فى يده لأنه لا خصم له فيها ، والوجه الثانى : ينزعها منه لأنه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال الغيب — التى ترد بالعيب ويختلف فيها المتبايعان ويضع الحاكم يده عليها حتى يفصل فى النزاع — أم يكون مشترى الجارية مالكها ، على الوجهين جميعاً ، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشترى من وكيل فى بيعها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا فى تلف المال فادعى الوكيل أنه تلف وأنكر الموكل فالقول قول الوكيل ، لأن التلف يتعذر إقامة البينة عليه فجعل القول قوله .

(فصل) وإن اختلفا فى رد المال فقال الوكيل : رددت عليك المال وأنكر الموكل نظرت ، فان كانت الوكالة بغير جعل فالقول قول الوكيل مع يمينه : لأنه قبض العين لمنفعة المالك ، فكان القول فى الرد قوله كالمودع : وإن كانت الوكالة بجعل ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعة نفسه ، فلم يقبل قوله فى الرد كالمستأجر والمرتهن (والثانى) أنه يقبل قوله لان انتفاعه بالعمل فى العين : فأما العين فلا منفعة له فيها ، فقبل قوله فى ردها كالمودع فى الوديعة .

(فصل) إذا كان لرجل على رجل آخر حق فطالبه به فقال : لا أعطيك حتى تشهد على نفسك بالقبض نظرت ، فإن كان مضمونا عليه كالغصب والعارية فان كان عليه فيه بينة فله أن يمتنع حتى يشهد عليه بالقبض ، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، ويقيم عليه البينة فيغرمه ، وإن كان أمانة كالوديعة أو ما فى يد الوكيل والشريك أو مضموناً لا بينة عليه فيه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له أن يمتنع حتى يشهد بالقبض ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأنه لا يأمن أن يقبض ثم يجحد ، فيحتاج أن يحلف أنه لا يستحق عليه ، وفى الناس من يكره أن يحلف (والثانى) أنه ليس له أن يمتنع : لأنه إذا جحد كان القول قوله أنه لا يستحق عليه شيئا ، وليس عليه فى اليمين على الحق ضرر فلم يجز له أن يمتنع والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : هذا الفصل قد أسلفنا الكلام على بعضه ومجمل القول : إذا اختلف الموكل والوكيل لم يخل من ستة أحوال :

الأول : إذا اختلفا فى التلف ، فقال الوكيل تلف مالك فى يدى ، أو الثمن الذى قبضته ثمن متاعك تلف فى يدى فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين . وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع . وكذلك كل من كان فى يده شىء على سبيل الامانة ، كالاب والوصى وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والاجير المشترك على اختلاف فيه ، إلا أن يدعى التلف بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما فعليه إقامة البينة على وجود ذلك فى ناحيته ، ثم يكون القول قوله فى تلفها ، وهذا هو مذهبنا ومذهب أحمد . لأن وجود الامر الظاهر مما لا يخفى ، فلا تتعذر إقامة البينة عليه

الثانى : أن يختلفا فى تعدى الوكيل أو تفريطه فى الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعى عليه أنه حمل على الدابة فوق طاقتها ، أو حمل عليها شيئاً لنفسه ، أو فرط فى حفظها أو لبس الثوب ، أو أمره برد المال فلم يفعل ، ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه ، لأنه أمين ولأنه منكر لما يدعى عليه . والقول قول المنكر .

الثالث : أن يختلفا فى التصرف فيقول الوكيل : بعت الثوب ، وقبضت الثمن فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إن كان بغير جُعل ، لأنه إن كان بجعل كان أجيراً ويده ضامنة

(فرع) قال المزنى : ولو قال لصاحب له قد طلبته منك فمنعتنى وأنت ضامن هو مدع ان الامانة تحولت مضمونة وعليه البينة ، وعلى المنكر اليمين . وهذا كما قال ، إذا منعه من دفع الثمن اليه حتى هلك ، ثم اختلفا فقال الوكيل : منعتك معذوراً فلا ضمان علىّ . وقال الموكل منعتنى غير معذور فعليك الضمان ، فالقول قول الوكيل مع يمينه إذا كان ما قاله ممكنا ، ولا ضمان عليه لأنه على أصل أمانته فلا تقبل دعوى الموكل عليه فى انتقاله عن الامانة إلى الضمان

(فرع) قال المزنى : ولو قال وكلتك ببيع متاعى فقبضته منى وأنكر ثم أقر ،

أو قامت عليه البينة ضمن — أي انتقل من حال الأمين إلى حال الضامن — لأنه خرج بالجحود من الأمانة ، وهذا صحيح ، وصورة ذلك فى رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فإن أقام المدعى بينة بالوكالة وقبض المتاع صار ضامنا وخرج بالجحود عن الأمانة فصار كجاحد الوديعة ، فلو ادعى بعد قيام البينة عليه تلفها أو ردها على مالكها لم تقبل دعواه ، لأنه ضمن مالا يقبل قوله فى ادعاء البراءة منه ، ولأنه صار بالإنكار الاول مكذباً لهذه الدعوى منه ، وهكذا لو عاد بعد إنكاره فاقر بقبض المتاع فادعى تلفه أو رده لم يقبل منه ، وكان ضامنا له كقيام البينة عليه بقبضه .

فلو أقام البينة برده على موكله أو بتلف ذلك فى يده قبل جحوده ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إنها بينة مردودة ، لانه قد أكذبها بسابق إنكاره .

والوجه الثانى وهو قول أبى القاسم الصيمرى ، وحكاه أبو حامد الاسفرايينى إن بينته مقبوله ، يقدم ما شهدت به على الجحود الموجب للضمان . قال الماوردى والوجه الأول أصح .

(فرع) قال المزنى : ولو قال : وكلتك فى بيع متاعى فبعته ، وقال : مالك عندى شيء ، فأقام عليه البينة فقال: صدق أو قد دفعت إلى أهله ثمنه فهو مصدق لان من دفع شيئاً إلى أهله فليس هو عنده ، ولم يكذب نفسه فهو على أصل أمانته وتصديقه . وهذا صحيح ، إذا ادعى أنه وكله فى متاع أقبضه إياه ليبيعه فقال الوكيل : مالك عندى شيء أو ليس لك فى يدى حق فهذا جواب مقنع فى الدعوى والقول فيه قوله مع يمينه ، لأنه منكر . وكل من ادعى عليه مال فى يديه وذكر المدعى سبب استحقاقه كالوديعة والغصب فالمدعى عليه إذا كان منكراً له أن يجيب بأحد جوابين ، إما أن يقول : ماأخذت منك هذه الوديعه ، ولا غصبتك هذا المال ، وإما أن يقول : مالك قبلى حق ، فكلا الجوابين مقنع فى إنكار الدعوى وعليه اليمين .

وصفة إحلافه وتحليفه بحسب اختلاف الجواب ، فإن كان جوابه مطلقاً

بأن قال : ليس عندى لك حق ، أحلف على ما أجاب بالله أن ماله قبله حق ، ولا يجوز للحاكم أن يحلفه : ماأخذ وديعة ، أو ماغصبه ، لانه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب ، بهبة أو بيع استوفى ثمنه ، فلا يكون قبله حق ، وبحيث إن حلف ما استودع ولا غصب بر

وإن كان جوابه أن قال : ما غصبتك ، أو قال : ما أخذت وديعتك ، فقد اختلف أصحابنا فى صفة إحلافه على وجهين (أحدهما) أنه يحلف بالله ماله قبله حق احترازاً مما ذكرنا (والوجه الثانى) أنه يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ، ولا أخذ وديعته لان ترك الاحتراز فى جوابه ينفى التوهم عنه فيما ذكرنا .

فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع لحالف ثم قامت البينة عليه بقبض المال أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه لم يضمن وكان قوله مقبولا فيه لأمرين أحدهما : أن ما ادعاه فى الثانى مطابق لما أجاب به فى الاول ، لان من يرد الشىء على مالكه فليس له شىء فى يده .

والثانى : أنه ليس له فى جوابه الأول تكذيب الشهود ، وبهذين المعنيين فرقنا بين المسألتين ، فلو قامت عليه البينة فى هذه المسألة بأن المتاع كان فى يده بعد أن أجاب بأن لا شىء لك عندى صار ضامنا ولم يقبل قوله فى الرد أو التلف لان هذا الجواب منه مع بقاء الشىء فى يده كذب وجحود فصار ضامنا :

(فرع) قال المزنى : ولو جعل للوكيل فيها وكله جعلا ، فقال للموكل جعلى قبلك ، وقد دفعت إليك مالك ، فقال : بل خنتنى فالجعل مضمون لا تبرئه منه الجناية عليه ،

وقد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل ، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوما ، فلو قال : قد وكلتك فى بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه أو من كل مائة درهم من ثمنه درهم لم يصح للجهل بمبلغ الثمن وله أجرة مثله ؛ فلو وكله فى بيع كتاب بأجر معلوم فباعه بيعا فاسداً فلا جعل له ، لان مطلق الاذن بالبيع يقتضى ما صح منه ، فصار الفاسد غير مأذون فيه فلم يستحق جعلا عليه ، فلو باعه بيعا صحيحا وقبض ثمنه ، وتلف الثمن فى يده فله الاجرة لوجود العمل ، وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر عليه حياكة ثوب أو تجليد كتاب

فتلف الثوب أو الكتاب فى يده بعد عمله ، فلا أجرة له إن كان مشتركا ، والفرق الذى تلف الثمن فى يده والذى تلف الثوب أو الكتاب فى يده أن المقصود من الأجير تسليم العمل المستحق فى مقابلة العوض ، فما لم يحصل التسليم لم يجب ما فى مقابلته من العوض ؛ والمقصود من الوكيل وجود العمل المأذون فيه ، فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب فى يده قبل تسليمه إلى مستحقه بطل البيع ، ولم يبطل جعل الوكيل ، لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته ، فصار بالعمل مأجوراً فيه ، وكان بخلاف وقوع البيع فاسداً ، فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه فتلف فى يده ، ثم استحق الثوب من يد المشترى كان البيع فاسداً وللوكيل جعله لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل فصار مقصوده بالاذن بجرد العمل على وجه الصحة دون الصحه ، وقد وجد من الوكيل ذلك العمل .

فأما رجوع المشترى بالثمن ، فإن لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل ويرجع الوكيل به على الموكل ، وإن علم بالوكاله ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى حامد المروزى ذكره فى جامعه أنه يرجع على الموكل دون الوكيل ، لانه مبيع عليه كالمبيع على المفلس (والثانى) يرجع على من شاء منهما ، لأن لكل واحد منهما فى العقد تأثيرا

فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بجعل واستحقاقه بعد العمل ، فطالب الوكيل الموكل بجعله ، وادعى أنه قد باع ما وكل فى بيعه ، وأنه قد رد ثمنه على موكله فللموكل حالتان ، حالة ينكر العمل الذى ادعاه من البيع وقبض الثمن ، وحالة يعترف به ، فإن انكر الموكل ذلك فالقول قوله مع يمينه ، ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها على البيع ، سواء قبل قوله فى البيع ؟ أم لا ، لانه يدعى عملا يستحق به جعلا فلم يقبل قوله فى دعواه ، وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل اليه فالقول قول الوكيل مع يمينه وله الجعل ، لأن الموكل مدع براءة الذمة من جعل تعلق بها ، فلو قال الموكل له بعد تصديقه على البيع ؛ إنك خنتنى فى عملك بقدر جعلك فبرئت منه بخيانتك ، وأنكر الوكيل الخيانة ؛ فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن وله المطالبة بجعله .

(فرع) إذا تلف الثمن قبل دفعه للموكل ، فإن كان لعذر فى تأخير الدفع فلا ضمان ، فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه فقد اختلف أصحابنا هل له ذلك ويلزم الموكل الاشهاد على نفسه بالقبض أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدها وهو الصحيح : أن ليس له ذلك ولا يلزم الموكل بالاشهاد على نفسه بالقبض ، لأن قول الوكيل مقبول فى الدفع ، فعلى هذا يصير بالمنع ضامنا ؛ وعليه الغرم إن تلف .

والوجه الثانى : له الامتناع بالدفع إلا بالاشهاد ليسلم من اليمين مع الاكذاب فعلى هذا لا يصير بالمنع ضامناً ولا غرم عليه إن تلف .

والوجه الثالث وهو مذهب مالك : أنه إذا قبض المال بالاشهاد لم يلزم دفعه إلا بالاشهاد ، وإن قبضه بغير إشهاد لزمه الدفع بغير إشهاد ، فأما من كان غير مقبول القول فى الدفع فلا يلزمه الدفع إلا بالاشهاد سواء كان ضامناً كالغاصب والمستعير أو غير ضامن كالمرتهن .

فأما المضارب والأجير المشترك ـ فإن قلنا بأحد الوجهين : إن قوله فى الدفع غير مقبول لم يلزمهم الدفع الا بالاشهاد ، وان قلنا بالصحيح من المذهب : ان قولهم فى الدفع مقبول ففى وجوب الاشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما أسلفنا والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الوديعة

(الشرح) يقال : ودعته أدعه ودعا تركته ، وأصل المضارع الكسر من ثم حذفت الواو ثم فتح لمكان حرف الحلق . قال بعض المتقدمين : وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضي يدع ومصدره واسم الفاعل ، وقد قرأ مجاهد وعروة ومقاتل وابن أبي عبلة ويزيد النحوى « ماودَعك ربك » بالتخفيف ، وفي الحديث « لينتهين قوم عن ودعهم الجمعات » أي تركهم ، فقد رويت هذه الكلمة عن أفصح العرب ونقلت من طريق القراء ، فكيف يكون اماته ، وقد جاء الماضي في بعض الأشعار وما هذه سبيله فيجوز القول بقلة الاستعمال ، ولا يجوز القول بالاماته ، ووادعته موادعه صالحته ، والاسم الوداع بالكسر وودعته توديعاً والاسم الوداع بالفتح مثل سلم سلاما وهو ان تشيعه عند سفره ، والوديعه فعيلة ، بمعنى مفعولة ،وأودعت زيداً مالا دفعته اليه ليكون عنده وديعه وجمعها ودائع واشتقاقها من الدعة وهي الراحة ، أو أخذته منه وديعة ، فيكون الفعل من الأضداد لكن الفعل في الدفع أشهر واستودعته مالا دفعته له وديعة يحفظه وقد ودع زيد بضم الدال وفتحها وداعة بالفتح والاسم الدعه وهي الراحة وخفض العيش والهاء عوض من الواو

والأصل فيها الكتاب والسنه والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها » وقوله تعالى « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته » وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » .

أما السنه : فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الامانه إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي من حديث أبي هريرة (رض)

وقال : حديث حسن . وأخرجه الحاكم وصححه ، وفى إسناده طلق بن غنام عن شريك واستشهد له الحاكم بحديث أبى التياح عن أنس ، وفى إسناده أيوب بن سويد وهو مختلف فيه ، وقد تفرد به كما قال الطبرانى ، وقد استنكره أبو حاتم وقد روى هذا الحديث أيضا البيهقى ومالك .

وفى هذا الباب عن أبىّ بن كعب عند ابن الجوزى فى العلل المتناهية ، وفى إسناده من لا يعرف ، وأخرجه أيضا الدارقطنى . وعن أبى أمامة عند البيهقى والطبرانى بسند ضعيف . وعن أنس عند الدارقطنى والطبرانى والبيهقى وأبى نعيم وعن رجل من الصحابة عند أحمد وأبى داود والبيهقى ، وفى إسناده مجهول آخر غير الصحابى ، لأن يوسف بن ماهك رواه عن فلان آخر وقد صححه ابن السكن وعن الحسن مرسلا عند البيهقى .

قال الشافعى رضى الله عنه : هذا الحديث ليس بثابت ، وقال أحمد : هذا حديث باطل لا أعرفه من وجه يصح . وقال ابن الجوزى : لا يصح من جميع طرقه ، ولا يخفى أن ورود هذا الحديث بهذه الطرق المتعددة مع تصحيح إمامين من الأئمة المعتبرين لبعضها ، وتحسين إمام ثالث منهم مما يصير به الحديث منتهضا للاحتجاج به .

وقوله « ولا تخن من خانك » فيه دليل على عدم جواز مكافأة الخائن بمثل فعله ، فيكون مخصصا للعموم فى قوله تعالى « وجزاء سيئة سيئة مثلها » وقوله تعالى « وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشوكانى رحمه الله تعالى : إن الأدلة القاضية بتحريم مال الآدمى ودمه وعرضه عمومها مخصص بهذه الآيات الثلاث ، والحديث مخصص لهذه الآيات ، فيحرم من مال الآدمى وعرضه ودمه مالم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة ولكن الخيانة إنما تكون فى الأمانة كما يشعر بذلك كلام صاحب القاموس على أن الاحاديث التى يثبت معها أداء الوديعة كثيرة سيأتى كثير منها فى فصول هذا الباب إن شاء الله

وأما الإجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع والضرورة تقتضيها وبالناس إليها حاجة فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون إلى من يحفظ لهم ، واشتقاق الوديعة من السكون يقال ودع وديعة فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، أو هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة ، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الامانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون أخيه فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف ان لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها ، لأن حرمة المال كحرمة النفس ، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمة مال المؤمن كحرمة دمه » ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه ، فكذلك اذا خاف على ماله وان كان عاجزاً عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها ، لأنه يغرر بها ويعرضها للهلاك ، فلم يجز له أخذها .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه البخاري ، ومسلم عن ابن عمر ، وروى بعضه ابن ماجه واسناده صحيح ورواه الترمذي بلفظ « المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يكذبه ولا يخذله ، كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه ، التقوى ههنا ، بحسب امرىء من الشر ان يحقر أخاه المسلم » قال الترمذي : حديث حسن

أما حديث ابن مسعود رضي الله عنه : فقد رواه أبو نعيم في الحلية . قال في الجامع الصغير : وهو غريب ضعيف ، وقد وردت أحاديث كثيرة بمعناه أظهرها ما جاء في خطبة الوداع « ان الله حرم عليكم دماءكم وأموالكم وأعراضكم كحرمة

يومكم هذا فى بلدكم هذا فى شهركم هذا . واقتران المال والدم والعرض فى حرمتها وتشبيه الحرمة بحرمة مكة فى يوم الوقوف من شهر ذى الحجة يدل على صحة التساوى بين المال والدماء .

أما الأحكام فقد اتفق الأئمة كلهم على أن الوديعة من القرب المندوب اليها. واتفقوا على أن حفظها فيه ثواب ، وأن قبول حفظها أمانة محضة ، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا إذا تعدى ، وأن القول قوله فى تلفها وردها على الاطلاق مع يمينه على تفصيل سيأتى كما سيأتى ما اختلفوا فيه . أما إذا خاف على الوديعة التلف أو الضياع أو عدم القدرة على حمايتها وكان معرضاً للغارة ، أوكان له غرماء ولا يأمن أن يستولوا عليها وفاء لحقهم ، أو كان لا يأمن أن تحدثه نفسه بالخيانة فيها ، وجب عليه بذل النصيحة لصاحبها ، ولا يجوز له قبولها ، حتى لا يغرر بها ويعرضها للهلاك فلم يجز له أخذها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) ولا يصح الايداع إلا من جائز التصرف فى المال . فإن أودعه صبى أو سفيه لم يقبل لأنه تصرف فى المال ، فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع ، فإن أخذها منه ضمنها ، لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه ، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر فى ماله ، كما نقول فيما غصبه من ماله ، وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه ففيه وجهان ، بناء على القولين فى المحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ليحفظه (أحدهما) لا يضمن ، لأنه قصد حفظه (والثانى) يضمن ؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على أمور :

أولها : لا يجوز لأحد أن يقبل الوديعة الا من جائز التصرف ، وكما عرفنا من قبل أنه العاقل البالغ

ثانيها : اذا أودعه من لا يجوز له التصرف فقبله منه ضمن الوديعة وانتقلت يده من يد أمينة الى يد ضامنة كالغاصب

ثالثها : اذا أراد أن يبرىء ذمته بعد قبض الوديعة فإن عليه أن يسلمها الى

الناظر فى مال الصبي أو المحجور عليه . رابعها: إذا خشي على مال الصبي أو السفيه التلف أو الهلاك أو التبذير أو استهلاكه فى غير ما يصلح شأنه كان عليه أن يقبله صيانة له وحفظا من الضياع ، كالمحرم إذا خلص طائراً من جارحة وأمسكه ابتغاء حفظه .

خامساً : إذا قبله على هذا النحو فى الأمر الرابع هل عليه ضمانه أم لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يضمن لأن أخذه كان ضرورة اقتضاها واجب حفظ المال وصيانته (والثانى) وجب عليه الضمان . لأنه استقرت يده على الوديعة من غير توفر شرط الائتمان وهو يتسلمها من غير جائز التصرف فكان عليه الضمان كما أسلفنا فى الأمر الثانى ولا يزول عنه الضمان بردها اليه ، وإنما بدفعها إلى وليه الناظر له فى ماله أو الحاكم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح إلا عند جائز التصرف ، فإن أودع صبياً أو سفيها لم يصح الإيداع ، لأن القصد من الايداع الحفظ ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ ، فإن أودع واحداً منهما فتلف عنده لم يضمن ، لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه ، كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع فتلف ، وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان (أحدهما) يضمن لأنه لم يسلطه على اتلافه فضمنه بالاتلاف ، كما لو أدخله داره فأتلف ماله (والثانى) لا يضمن ، لأنه مكنه من اتلافه فلم يضمنه ، كما لو باع منه شيئا وسلمه اليه فأتلفه .

(الشرح) الاحكام : كما لا يجوز للعاقل المكلف الرشيد أن يقبل الوديعة من الصبي والسفيه حسبما أسلفنا من البيان ، فإنه لا يجوز له أن يودع عند صبي أو سفيه أو مجنون لأن الايداع مقصود للحفظ ، وهؤلاء ليسوا من أهل الحفظ وهم مفتقرون الى من يحفظ لهم مالهم ، فلا يحفظون مال غيرهم .

فاذا أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت فى يده لم يضمنها ، سواء حفظها أو فرط فيها ، فإن أتلفها أو أكلها أو استهلكها ضمنها فى ظاهر المذهب ، وبه قال القاضى من الحنابلة والخرقى وابن قدامة ؛ وذهب بعض الحنابلة ، وهو

قول أبي حنيفة وبعض أصحابنا إلى أنه لا ضمان عليه ، لأن ربها سلطه على إتلافها بدفعها اليه ، فلا يلزمه ضمانها ؛ الا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا فوقع عليها كان ضمانه على عاقلته ؟

ولنا أن ما ضمنه باتلافه قبل الإيداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ، ولا يصح قولهم : إنه سلطه على إتلافها لأنه استحفظه إياها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للإتلاف ، ودفع الوديعة بخلاف ذلك

(فرع) إذا ترك ماله عند رجل عاقل من غير إيداع فتلف لا ضمان عليه ، كما لو أودعه ويفارق الايداع من حيث التفريط ، فلو فرط فيه لم يضمنه في ظاهر المذهب بخلاف المودع والله اعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـــل) وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الايجاب بالقول ، والقبول بالفعل ، وتنفسـخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والاغماء والموت ، كما تنفسـخ الوكالة : لأنه وكالة في الحفظ ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ .

(الشرح) الأحكام : وتتبع الوديعة الوكالة في جوازها وانعقادها وفسخها، فمن هنا لا تنعقد إلا بالايجاب والقبول .

وصورة الايجاب أن يدفع الوديعة اليه — وهذا فعل — فاذا كانت سيارة فأدخلها مرساه أو حظيرته أو جراشه وقال له : هذه سيارتي عندك وديعة صح الايجاب . أما القبول فبأي لفظ دال على القبول يصح عقد الوديعة

أما الفسـخ فيجري فيه ما يجري في فسخ الوكالة ، فاذا أراد المودع ردها انفسخ عقدها ، لأنه متبرع بالقبول . وإذا أراد ربها استردادها وفسخ عقدها كان له ذلك لأنه مالكها ، كما تنفسخ بجنون أحدهما أو موته أو اغمائه ، لأن استمرار العقد ينبغي أن تتوفر فيه شروط العقد ابتـداء ، ويبطل العقد ما يمنعه ابتداء .

ففي حالة عزل الوديع نفسه يرد الوديعة الى ربها ؛ وفي حالة الجنون أو

الإغماء يردها الى الناظر فى مال مالكها ، وفى حالة الموت يردها الى وارثه ، فان لم يفعل فقد زال الائتمان وصار ضامنا كالغاصب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والوديعة أمانة فى يد المودع ، فان تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وروى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم ، وهو اجماع فقهاء الأمصار ، ولأنه يحفظها المالك فكانت يده كيده ؛ ولأن حفظ الوديعة معروف واحسان ؛ فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس فى قبولها ، فيؤدى الى قطع المعروف ، فان أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضمونا لأنه أمانة فلا يصير مضمونا بالشرط ، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط .

وإن ولدت الوديعة ولداً كان الولد أمانة ، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه ، وهل يجوز له امساكه ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوبا فى داره (والثانى) يجوز ، لأن ايداع الام ايداع لما يحدث منها .

(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رواه الدارقطنى . وقال الحافظ ابن حجر : فيه ضعف ، وأخرجه الدارقطنى من طريق أخرى بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال الدارقطنى : انما نروى هذا عن شريح غير مرفوع . قال الحافظ ابن حجر : فى اسناده ضعيفان .

وقد روى ابن ماجه عن ابن عمرو بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفى اسناده المثنى بن الصباح وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعه فيما ذكره البيهقى . وأخرج أبو داود والترمذى وحسنه وابن حبان وصححه من حديث أبى أمامة الباهلى رضى الله عنه أنه سمع النبى صلى الله عليه وسلم يقول فى حجة الوداع « العاريه مؤداة ؛ والزعيم غارم »

وحديث الفصل الذى رواه الدارقطنى يتجه ضعفه إلى ما اشتهر بين المحدثين من أن عمرو بن شعيب يروى عن أبيه وأبوه شعيب يروى عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص ، وفى سماع شعيب من جده نظر ، وقد أثبتت السماع فى حاشيتى على تفسير القرآن للعلامة صديق خان المسمى « بفتح البيان فى مقاصد القرآن » الصادرة عن مطبعة الإمام .

وشعيب هو ابن محمد بن عبد الله بن عمرو ، فالضمير فى جده يعود على شعيب لا على عمرو ، ويمكن حمل الضمير على عمرو وصرف الجد الى عبد الله لأن جد الأب جد ، والمدار على ثبوت لقاء شعيب لجده وسماعه منه ، وليس منصرفا الى جده محمد بن عبد الله بن عمرو

أما الأحكام : ففى الحديث دليل على أنه لا ضمان على من كان أميناً على عين من الأعيان كالوديع والمستعير ، أما الوديع فلا يضمن بالاجماع إلا لجناية منه على العين . وقد حكى فى البحر الاجماع على ذلك .

وتأول ما حكى عن الحسن البصرى أن الوديع لا يضمن إلا بشرط الضمان بأن ذلك محمول على ضمان التفريط لا الجنـــاية المتعمدة ، والوجه فى تضمينه الجناية أنه صار بها خائنا ، والخائن ضامن لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا على المستودع غير المغل ضمان ، والمغل هو الخائن . وهكذا يضمن الوديع اذا وقع منه تعد فى حفظ العين لأنه نوع من الخيانة .

وقد استدل القائلون بالضمان بحديث الحسن البصرى عن سمرة بن جندب عن النبي (ص) قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » زاد أبو داود والترمذى : قال قتادة ثم نسى الحسن فقال : هو أمينك لا ضمان عليه

قال المقبلى فى المنار : يستدلون بهذا الحديث على التضمين ولا أراه صريحاً ، لأن اليد الامينة أيضا عليها ما أخذت حتى ترد ، والا فليست بأمينة

ومستخبر عن سر ليلى تركته بعمياء من ليلى بغير يقين
يقولون خبرنا فأنت أمينها وما أنا ان خبرتهم بأمين

إنما كلامنا هل يضمنها اذ تلفت بغير جناية ، وليس الفرق بين المضمون

وغير المضمون إلا هذا . وأما الحفظ فمشترك ، وهو الذى تفيده «على» فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حين قال «هو أمينك لا ضمان عليه» بعد رواية الحديث . اه

قال الشوكانى «ولا يخفى عليك ما فى هذا الكلام من قلة الجدوى وعدم الفائدة ، وبيان ذلك أن قوله «لأن اليد الأمينة عليها ماأخذت حتى ترد ، والا فليست بيد أمينة» يقتضى الملازمة بين عدم الرضا وعدم الامانة ، فيكون تلف الوديعة والعاريه بأى وجه من الوجوه قبل الرد مقتضيا لخروج الامين عن كونه أمينا وهو ممنوع ، فان المقتضى لذلك انما هو التلف بجناية أو خيانه ، ولا نزاع فى أن ذلك موجب للضمان ، انما النزاع فى تلف لا يصير به الأمين خارجا عن كونه أمينا كالتلف بأمر لا يطاق دفعه ، أو بسبب سهو أو نسيان أو بآفة سماويه أو سرقة ، أو ضياع بلا تفريط ، فانه يوجد التلف فى هذه الأمور مع بقاء الأمانة» انتهى .

والمقتضى الذى يتوقف عليه فهم الحديث هو الأمر المقدور عليه وهو الضمان أو الحفظ ، وكل منهما صالح للتقدير ولا يقدران معاً ، لما تقرر من أن المقتضى لا عموم له ، فمن قدر الضمان أوجبه على الوديع والمستعير ، ومن قدر الحفظ أوجبه عليهما ولم يوجب الضمان اذا وقع التلف مع الحفظ المعتبر، وبهذا تعرف أن التأدية لغير التالف ليس على ما ينبغى

وأما مخالفة رأى الحسن لروايته فقد تقرر فى الأصول أن العمل بالرواية لا بالرأى ، لا سيما اذا تعززت الروايه بعمل الصحابه رضوان الله عليهم ورأيهم وفى مقدمتهم أبو بكر وعمر وعلى وابن مسعود وجابر

ومن قال بأن الوديعه أمانة لا يترتب على تلفها ضمان من الوديع اذا لم يفرط شريح والنخعى ومالك وأبو الزناد والثورى والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وأحمد ، وعن أحمد رواية أخرى «ان ذهبت الوديعه من بين ماله غرمها لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، وأصحاب أحمد يرجحون قول الجمهور على هذا القول

دليلنا : أن الله تعالى سماها أمانة والضمان ينافى الأمانة ، وحديث عمرو بن شعيب وغيره وعمل الصحابة ومن ذكرنا من أئمة أهل العلم ، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يعود عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع ، وذلك مضر لما بيناه من الحاجة اليها ، وما روى عن عمر محمول على التفريط من أنس فى حفظها ، فلا ينافى ما ذكرنا .

(فرع) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعه فقبله أو قال : أنا ضامن لها لم يضمن ، وبهذا قال الشافعى والثورى وإسحاق وابن المنذر ، وقال أحمد : إذا قال : أنا ضامن لها فسرقت لا شىء عليه ، وكذلك كل ما أصله الأمانة كالمضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة .

دليلنا : أنه شرط ضمان مالم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف فى يد مالكه ، لأنه أقامه مقام نفسه وكالمضمون لا يصير أمانة بالشرط

(فرع) إذا ولدت الوديعة من دابة أو سائمة أو رقيق ولداً ، كان ما ولدته أمانة ، لأنه لا سبب منه ولا من أمه يوجب الضمان ، وهل يجوز له إمساكه ، باعتبار أنه قدر زاد عن قدر ما أودع عنده ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لايجوز ، بل يجب أن يعلم صاحبه ، كما لو ألقت الريح ثوبا فى داره

(والثانى) يجوز إمساكه ، لان إيداع الام إيداع لما يحدث منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن قبل الوديعه نظرت ، فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها فى حرز مثلها ، فإن أخر إحرازها فتلفت لزمه الضمان ، لانه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها ، فإن وضعها فى حرز دون حرز مثلها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ ، فإذا أطلق حمل على التعارف ، وهو حرز المثل ، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان ، وإن وضعها فى حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لان من رضى بحرز المثل رضى بما فوقه ، فإن قال : لا تقفل عليه فأقفل عليه ، أو قال : لا تقفل عليه قفلين ، فأقفل قفلين ، أو قال : لا ترقد عليه فرقد عليه

فالمذهب أنه لا يضمن ، لأنه زاده فى الحرز ، ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لانه نبه اللص عليه وأغراه به .

(فصل) وإن عين له الحرز فقال احفظها فى هذا البيت فنقلها إلى ما دونه ضمن لان من رضى حرزاً لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ماهو أحرز منه لم يضمن ، لأن من رضى حرزا رضى مثله وما هو أحرز منه ، وإن قال له احفظها فى هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن ، لانه لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثلها أو إلى ماهو أحرز منه ففيه وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخرى : لا يضمن لانه جعله فى مثله ، فأشبه إذا لم ينهه عن النقل . وقال أبو إسحاق : يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل ، فإن خاف عليه فى الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت ، فإن كان النهى مطلقا لزمه النقل ولا يضمن ، لان النهى عن النقل للاحتياط فى حفظها ، والاحتياط فى هذا الحال أن تنقل ، فلزمه النقل ، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لانه فرط فى الترك وإن قال : له لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن ، لأنه زاده خيرا وان تركها حتى تلفت ففيه وجهان .

قال أبو العباس وأبو اسحاق : لا يضمن ، لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان وقال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن لان نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له ، لأنه خلاف الشرع ، فيصير كما لو لم ينهه ، والأول أظهر ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله : وان خالف الشرع كما لو قال لغيره : اقطع يدى أو أتلف مالى .

(الشرح) قوله : الحرز المكان الذى يحفظ فيه والجمع أحراز مثل حمل وأحمال ، وأحرزت المتاع جعلته فى الحرز ، ويقال : حرز حريز للتأكيد ، كما يقال : حصن حصين واحترز من كذا أى تحفظ وتحرزمثله ؛ ومنه قولهم : أحرز قصب السبق ، اذا سبق اليها فضمها دون غيره .

أما الاحكام فإن الوديع اذا لم يعين له رب الوديعة المكان الذى يحفظها فيه ؛ عليه أن يجتهد فى حفظها بما يحفظ به مثلها ، فإذا اشترط عليه أن يحفظها فى

صفائح وكانت زيتاً أو سمناً لحفظها فى زجاج ابتغاء حفظها من الرشح فكسرت القنانى كان عليه ضمانها لأنه خالف مالكها ، فإذا أمره أن يحفظها فى زجاج فكسرت القنانى فلا ضمان عليه فاذا خالفه وحفظها فى براميل أو صفائح لا ينقص منها كيلها ولا وزنها فقد زاد خيرا بهذه المخالفة وكان على أمانته ، فلو أمره أن يحفظها فى حرز من الجلد لحفظها فى قماش ضمن .

فاذا أمره أن لا يقفل عليها فأقفل عليها ، أو أمره أن لا يقفل قفلين فأقفل قفلين ، أو قال لا ترقد عليها فرقد عليها فظاهر المذهب عدم الضمان لأنها أمور تزيد فى وسائل الحفظ ، وقوة الحرز . ومن أصحابنا من قال : يضمن ، لانه بكثرة احتياطه أو نومه على الصندوق أو شدة اهتمامه يشد انتباه اللصوص اليه . وقال أصحاب أحمد : اذا بالغ فى حفظها من غير حاجة ضمن .

(فرع) فاذا عين له الحرز فان نقلها الى ما دونه - أعنى أقل كفاءة فى الحفظ - ضمن ، فاذا نقلها الى حرز مثل الذى عينه أو أعلا كفاءة وحفظاً ؟ ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبى سعيد الإصطخرى : لا يضمن لأنه لا فرق بين الحرزين فكان كأن لم ينقلها ، أو كأن ربها لم يعينه ، أو لم ينهه عن غير ما عينه . والثانى وهو قول أبى اسحاق المروزى . يضمن ، لانه نهاه عن النقل فاذا خالف انتقل من الائتمان الى الضمان .

(فرع) اذا كان الحرز الذى عينه المودع معرضا لخطر الحريق أو السرقة أو كانت رطوبة الارض تتلفه نظرت فان كان نهيه مطلقا بأن قال . لا تنقلها من هنا لزمه مخالفته ، لأن النهى أريد به التنبيه والاحتياط لحفظها ، فان لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لتفريطه بتركها معرضة للتلف .

(فرع) اذا قال له لا تنقلها وان خفت عليها الهلاك ، فخاف عليها الهلاك ونقلها لم يضمن بالمخالفة لانه زاده خيرا : أما اذا لم ينقلها فتلفت ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج وأبو اسحاق المروزى . لا يضمن لان نهيه مع خوف الهلاك أبرأه من الضمان .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : عليه الضمان ، لأن هذا النهى يتعارض مع

مسئولية الأمين فى الاجتهاد وعدم التفريط شرعا ، فلا حكم للنهى وكأنه لم يكن وقد رجح الشيخ أبو إسحاق الشيرازى الاول لأنه بهذه الصورة من النهى قد أهدر حقه فى الضمان وإن خالف الشرع ، كما لو أمر غيره بقطع يده أو إتلاف ماله فإنه لا ضمان له ، وإن أثم الفاعل ، وبهذا قال الحنابلة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أودعه شيئا فربطه فى كمه لم يضمن ، فإن تركه فى كمه ولم يربطه نظرت ، فإن كان خفيفاً إذا سقط لم يعلم به ضمنه ، لأنه مفرط فى حفظه وإن كان ثقيلا اذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط ، وان تركه فى جيبه فإن كان مزرراً أو كان الفتح ضيقاً لم يضمن لأنه لا تناله اليد ، وان كان واسعاً غير مزرر ضمن لأن اليد تناله .

وان أودعه شيئا فقال : اربطه فى كمك فأمسكه فى يده فتلف فقد روى المزنى أنه لا يضمن ، وروى الربيع فى الأم أنه يضمن ، فمن أصحابنا من قال : هو على قولين (أحدهما) لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد (والثانى) أنه يضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ؛ لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر . ومن أصحابنا من قال : ان ربطها فى كمه وأمسكها بيده لم يضمن ، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وان تركها فى يده ولم يربطها فى كمه ضمن ، لأن الكم أحرز من اليد ، وحمل الروايتين على هذين الحالين .

وان أمره أن يحرزها فى جيبه فأحرزها فى كمه ضمن ، لأن الجيب أحرز من الكم ، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب ، وان قال احفظها فى البيت فشدها فى ثوبه وخرج ضمنها ، لأن البيت أحرز ، فان شدها فى عضده ، فان كان الشد مما يلى أضلاعه لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وان كان من الجانب الآخر ضمن ، لأن البيت أحرز منه ، وان دفعها اليه فى السوق وقال : احفظها فى البيت فقام فى الحال ومضى الى البيت فأحرزها لم يضمن ، وان قعد فى السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت

وان أودعه خاتما وقال : احفظه فى البنصر فجعله فى الخنصر ضمن ، لأن الخنصر دون البنصر فى الحرز ، لأن الخاتم فى الخنصر أوسع فهى الى الوقوع أسرع . وان قال اجعله فى الخنصر فجعله فى البنصر لم يضمن ، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ . وان قال اجعله فى الخنصر فلبسه فى البنصر فانكسر ضمن لأنه تعدى فيه .

(الشرح) هذا الفصل تتلخص أحكامه فيما اذا خالف الوديع المودع وكانت المخالفة من تهاون أو تفريط أو ترتب عليها تلف الوديعة ضمن فى كل الصور التى ساقها المصنف ؛ لأنه لو قال له اربط الدراهم فى كمك فأمسكها بيده فضاعت لارتخاء يده أو انفراج أصابعه بنوم أو غفلة أو نسيان فانه يضمن ، لأن ضياعها كان بسبب المخالفة . ولو قال له : اربطها فى كمك فربطها ولم يحكم ربطها ضمن . ولو قال له : ضعها فى كور عمامتك فلم يشد عليها العمامة ضمن وهكذا . والجيب عندهم ما ينفتح على النحر . قال تعالى (وليضربن بخمرهن على جيوبهن)

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها اليه ، فان لم يجد سلمها الى الحاكم ، لأنه لا يمكن منعه من السفر ، ولا قدرة على المالك ولا وكيله ، فوجب الدفع الى الحاكم ، كما لو حضر من يخطب المرأة والولى غائب ، فان الحاكم ينوب عنه فى التزويج ، فإن سلم الى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن ، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله ، كما لا ولاية له فى تزويج المرأة مع حضور الولى أو وكيله ، فان لم يكن حاكم سلمها الى أمين ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها الى أم أيمن واستخلف عليا كرم الله وجهه فى ردها ، وان سلم الى أمين مع وجود الحاكم ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبى اسحاق لأنه أمين فأشبه الحاكم (والثانى) يضمن ، وهو ظاهر قوله فى الرهن . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير

مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها ، لأن السفر فى هذه الحال أحوط : فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن ، لأن الايداع يقتضى الحفظ فى الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، لأنه إما أن يكون مخوفاً أو آمنا لا يوثق بأمنه ، فلا يجوز مع عدم الضرورة .

وان دفنها ثم سافر نظرت فان كان فى موضع لا يد فيه لأحد ضمن ؛ لأن ماتتناوله الايدى معرض للأخذ ، فان كان فى موضع مسكون فان لم يعلم بها أحدا ضمن ؛ لأنه ربما أدركته المنية فى السفر فلا تصل الى صاحبها : فإن أعلم بها من لا يسكن فى الموضع ضمن ، لأن ما فى البيت انما يكون محفوظا بحافظ ، فان أعلم بها من يسكن فى الموضع فان كان غير ثقة ضمن ، لأنه عرضه للأخذ . وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر ، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر

(الشرح) أم أيمن هى بركة بنت ثعلبة بن عمرو مولاة رسول الله (ص) ورثها عن ابيه وهى أم أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وابن حبه ، تزوجها زيد بن حارثة بعد أبى أيمن وكان حبشياً ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : أم أيمن أمى بعد أمى هاجرت بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع عائشة وأسماء وزيد وأسامة ، وأدركت المدينة والمسجد يبنى وقد عطشت وهى مهاجرة فنزل لها دلو من السماء فشربت فما ظمئت بعد ذلك أبداً ؛ وكانت تقول ما أصابنى بعد ذلك عطش ، ولقد تعرضت للعطش فى الصوم فى الهواجر فما عطشت . والخبر وإن كان شائعا فى كتب الفقه ، إلا أنه غير موجود فى الكتب الستة ، وليس فى مسند أحمد أو سنن الدارمى أو سنن الدارقطنى أو موطأ مالك ؛ وليس فى مجمع الزوائد للهيثمى . وليس فى أمهات فقه الحديث كنيل الأوطار وسبل السلام . وليس فى شىء من كتب تراجم الصحابة كالاستيعاب وسير أعلام النبلاء . وليس فى كتب السير الا ما فى ابن هشام أن ابن اسحاق قال : بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما هاجر جعل عليا على الودائع ، ولم يذكر شيئا عن أم أيمن رضى الله عنها .

أما الاحكام فانها تشتمل على ما يأتى :

(أولا) يجب على الوديع اذا أزمع السفر أن يردها ، فان لم يجد ربها فوكيله والا سلمها الى الحاكم. قال الشافعي فى الام ، فان كان المستودع حاضرا أو وكيله لم يكن له أن يسافر حتى يردها اليه أو الى وكيله ، أو يأذن له أن يودعها من رأى فان فعل فأودعها من شاء فهلكت ضمن، وقال الشافعى أيضا ، اذا استودع الرجل الرجل وديعة وأراد المستودع سفرا فلم يثق بأحد يحملها عنده فسافر بها برا أو بحراً فهلكت ضمن . وكذلك لو أراد سفراً فجعل الوديعة فى بيت مال المسلمين فهلكت ضمن ، اه

(قلت) وهذا واضح من كلام المصنف أن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك

(ثانيا) اذا لم يقدر على ردها أو ايداعها عند الحاكم فقد قال الشافعى ، وان كان غائبا فأودعها من يودع ماله ممن يكون أمينا فهلكت لم يضمن ، فان أودعها من يودع ماله ممن ليست له أمانة فهلكت ضمن ، ثم قال ، لأنه يجوز أن يوكل بماله غير أمين ، ولا يجوز له أن يوكل بأمانته غير أمين . اه

(ثالثا) اذا أودعها أمينا مع وجود الحاكم فعلى الوجهين (أحدهما) وهو ظاهر النص الذى أسلفنا نقله لا يضمن ، وبه أخذ أبو اسحاق المروزى (والثانى) وهو ظاهر قول الشافعى فى الرهن حيث يقول ، واذا أراد العدل الذى عليه الرهن الذى هو غير الراهن والمرتهن رده بلا علة أو لعلة والمرتهن والراهن حاضران فله ذلك وان كانا غائبين أو أحدهما لم يكن له اخراجه من يدى نفسه ، فان فعل بغير أمر الحاكم فهلك ضمن ، وان جاء الحاكم فان كان له عذر أخرجه من يديه . وذلك أن يبدو له سفر أو يحدث له . وان كان مقيما لشغل أو علة ، وان لم يكن له عذر يحبسه ان كان قريبا حتى يقدما أو يوكلا ، فان كانا بعيدا لم أر عليه أن يضطره الى حبسه ، وانما هى وكالة وكل بها بلا منفعة له فيها ، ويسأله ذلك فان طابت نفسه بحبسه والا أخرجه الى عدل غيره ، اه

ولأن أمانة الحاكم أمر قطعى وأمانة غيره كالامين أمر ظنى والقطعى مقدم على الظنى ، كالنص يرد الاجتهاد

(رابعاً) وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لأنه مخالف لصاحبها ، وإن لم يكن نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذى يسافر اليه مخوف ضمنها لأنه فرط فى حفظها ، وإن لم يكن كذلك فله السفر بها عند أحمد وأبى حنيفة سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن .

وقال الشافعى : إن سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه مالو كان السفر مخوفا .

دليلنا : أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكها أو نائبه أو الحاكم بغير إذنه فهو مفرط عليه الضمان ، لأنه يفوت على صاحبها إمكان استرجاعها ، ويخاطر بها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن المسافر لعلى قلت إلا ما وقى الله » والقلت الهلاك على ما أسلفنا القول .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر ، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه ، كما لا يمكنه الحفظ مع السفر ، وقد بينا حكمه ؛ وإن قال فى مرضه : عندى وديعة ووصفها ، ولم يوجد ذلك فى تركته ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق : لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها ، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك ، ومن أصحابنا من قال يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص ، لأن الأصل وجوب ردها ، فلا يسقط ذلك بالشك .

(الشرح) قوله : لا يضرب المقر اه . قال ابن بطال : مأخوذ من الضارب الذى يضرب بالقداح ، وهو الموكل بها ، ومثله الضريب والجمع الضرباء ، لأنه يضرب مع الغرماء بسهم .

أما الاحكام فقد قال المصنف : ان حكم الميت حكم المسافر ، وقد مضى فى الفصل قبله . أما إذا قال فى مرض الموت : عندى وديعة ثم وصفها ، فلما مات لم توجد فى تركته فقد اختلف فيه أصحابنا ، فقد ذهب أبو إسحاق المروزى إلى أنها أمانة لا يجوز أن يسقط الائتمان فيها بالشك ، ومن ثم لا يضرب مالكها مع

الغرماء ، ومنهم من قال بظاهر النص فى مختصر المزنى حيث يقول الشافعى « وإذا استودع الرجل الوديعة فمات المستودع وأقر بالوديعة بعينها ، أو قامت عليها بينة - وعليه دين يحيط بماله - كانت الوديعة لصاحبها ، فإن لم يعرف الوديعة بعينها ببينة تقوم ولا إقرار من الميت ، وعرف لها عدد أو قيمة كان صاحب الوديعة كغريم من الغرماء » قلت : وذلك أقيس ، لأن الله تعالى أمر برد الامانات إلى أهلها ، فكان ردها واجباً ، ولا يرد الواجب بمجرد الشك .

(فرع) إذا أوصى وصيته كتابة وبين فيها وصف الوديعة ووجدت مطابقة لوصفه كانت الوصية بمثابة بينة لصاحبها إذا كان تحريرها مؤرخا فى تاريخ قريب من يوم موته ، فإن كان فى تاريخ بعيد نظرت ، فإذا ظهرت احتمالات شرائها من مالكها أو وجدت مبايعة محررة بتاريخ لاحق بطلت الوصيه واعتبرت المبايعة أما إذا وضعها فى حرز أو ظرف وكتب عليها اسم صاحبها : فلا تعد هذه الكتابه بينة لمالكها ، لانه يحتمل أن يكون الظرف أو الحرز لوديعة قبل هذه ، أو كانت وديعة فابتاعها .

(فرع) إذا وجد بين أوراق الميت بيان بأن لفلان عندى وديعه لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسى أن يضرب على ما كتب ، أو غير ذلك .

(فرع) قال الشافعى : وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبله وديعه بعينها فإن أبا حنيفه يقول : جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعه بالحصص وكذلك قال ابن أبى ليلى ثم ساق رواية أبى حنيفه عن إبراهيم مثله ، ورواية الحجاج بن أرطاة عن عطاء وإبراهيم مثله .

(فرع) إذا ترك الوديع الوصيه عند الاشراف على الموت — والوصيه كما سيأتى إن شاء الله تعالى مفصلة - أن يعلم بها القاضى أو الامين عند عدم وجود القاضى مع ذكر صفاتها إن كانت غائبه ، أو الإشارة اليها إن كانت حاضرة مع الامر بردها إلى المالك أو وكيله فوراً ، وعلى الوديع إذا مرض مرضاً مخوفا أن يبادر بردها إلى ربها أو وكيله فان لم يقدر ردها إلى الحاكم العادل إن وجده ، أو يوصى بها الى من ذكرنا ، فان لم يكن حاكم ردها الى أمين ، فان لم يفعل ضمنت

فى تركته ، وكذا لو أوصى بها الى فاسق ضمن ، وقد ذهب السبكى الى الضمان اذا تلفت بعد الموت لا قبله وكان لم يوص أو يودع كما أسلفنا . وذهب الاسنوى الى أنه يصير ضامناً بمجرد المرض حتى لو تلفت بآفة سماوية لتفريطه فى ردها ، ومحل هذا كله عند التمكن منه ان بالرد أو الإيداع أو الوصيـة ، أما موت الفجاءة أو الغيلة فلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أودع الوديعه غيره من غير ضرورة ضمنها لان المودع لم يرض بأمانة غيره ، فان هلكت عند الثانى جاز لصاحبها أن يضمّن الاول ، لانه سلم مالم يكن له تسليمه ، وله أن يضمّن الثانى ، لانه أخـــذ مالم يكن له أخذه فان ضمن الثانى نظرت ؛ فان كان قد علم بالحال لم يرجع بما ضمنه على الاول ، لانه دخل على أنه يضمن فلم يرجع . فان لم يعلم ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يرجع لانه دخل على أنه أمانه . فاذا ضمن رجع على من غره

(والثانى) أنه لا يرجع . لأنه هلك فى يده فاستقر الضمان عليه . فان ضمن الاول . فان قلنا : ان الثانى اذا ضمن يرجع على الاول — لم يرجع الاول عليه وان قلنا انه لا يرجع رجع الاول عليه . فأما اذا استعان بغيره فى حملها ووضعها فى الحرز . أو سقيها أو علفها . فانه لا يضمن . لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولانه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها الى غيره .

(الشرح) قوله : يضمن الاول — من ضمن يضمن بتضعيف الميم لتتعدى الى مفعولين . ومعناها الزمه بالضمان . وقال بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم . وهو غلط من جهة الاشتقاق . لان نون الضمان أصليه . وضمنت الشىء كذا جعلته محتويا عليه هكذا ذكر الفيومى فى المصباح .

(أما الأحكام) فقد قال المزنى : قال الشافعى : واذا أودع الرجل الوديعه فاستودعها غيره ضمن ان تلفت . لان المستودع رضى بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره . وكان متعديا ضامنا ان تلفت اه .

(قلت) للإبداع لدى غيره صورتان (إحداهما) أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف فى المذهب . وهو قول شريح ومالك وأحمد وأصحابه وأبى حنيفة وأصحابه وإسحاق بن راهويه ، وقال ابن أبى ليلى لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها وإحرازها . وقد أحرزها عند غيره وحفظها به . ولأنه يحفظ ماله بإيداعه ، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها ، كما لو حفظها فى حرزه . دليلنا أنه خالف المودع فضمنها ، كما لو نهاه عن إيداعها ، فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره

فإذا ثبت هـذا فان له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثانى لأنه دخل معه فى العقد على أنه أمين لا ضمان عليه ، فان أحب المـالك تضمين الثانى كان له ذلك . وقال أبو حنيفة ليس له تضمين الثانى . وهذا هو ظاهر كلام أحمد إذ ذكر الضمان على الأول فقط .

دليلنا أنه أخذ ما لم يكن له أخذه ، فاذا استعمل المالك حقه وضمنه ، فان لم يكن يعلم — أعنى الوديع الثانى — بأن هـذه الوديعة ليست لمن أودعها إياه ففى رجوع الثانى على الأول وجهان

(أحدهما) أنه يرجع عليه لأنه غره ولم يوضح له الامر (والثانى) لا يرجع لأنها تلفت فى يده فاستقر الضمان عليه ، فان قلنا بالوجه الأول برجوع الثـانى على الاول فليس للأول أن يرجع عليه . وإن قلنا بالوجه الثانى رجع عليه

وإن كان يعلم فلم يغرر به الاول فليس له الرجوع عليه وجهاً واحداً

(فرع) للوديع أن يعين للوديعة إن كانت ماشيـة من يقوم على رعيها وسقيها ، فان كانت تحتاج الى حمل أو تنظيف أو صيانة فعهد بذلك لمن يقوم به مما جرى العرف ولا يعد هذا إيداعا لغيره وسيأتى مزيد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن أودعه دراهم فخلطها بدراهم من ماله ضمن ، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره ، فان خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، لأن الجميع له (والثانى) أنه يضمن وهو الأظهر ، لأنه

لم يرض أن يكون أحدهما مختلطا بالآخر . وإن أودعه دراهم فى كيس مشدود فحله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه ، لأنه هتك الحرز من غير عذر . وإن أودعه دراهم فى غير وعاء فأخذ منها درهما ضمن الدرهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقى لأنه لم يتعد فيه ، فان رد الدرهم فان كان متميزا بعلامة لم يضمن غيره ، وان لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن الجميع ، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع . والمنصوص أنه لا يضمن الجميع ، لأن المالك رضى أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن . فان أنفق الدرهم ورد بدله . فان كان متميزاً عن الدراهم لم يضمن الدراهم لانها باقية كما كانت ، وإن كان غير متميز ضمن الجميع لانه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها فضمن الجميع

(الشرح) الاحكام : إذا خلط دراهمه بمثلها من دراهمه ضمن عندنا ، وبهذا قال الشافعى وأحمد وأصحاب الرأى . وقال مالك : لا يضمن . وقال ابن القاسم من المالكية : إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز لم يضمن

قال فى الام : ولو أودعه عشرة دراهم فتعدى منها فى درهم فأخرجه فأنفقه ثم أخذه فرده بعينه ثم هلكت الوديعة ضمن الدرهم ولا يضمن التسعة ، لانه تعدى بالدرهم ولم يتعد بالتسعة ، وكذلك إن كان ثوباً فلبسه ثم رده بعينه ضمنه وقال الربيع : قول الشافعى : إن كان الدرهم الذى أخذه ثم وضع عينه معروفا من الدراهم ضمن عينه ولم يضمن التسعة . وإن كان لا يتميز ضمن العشرة . انتهى من الام ، ولم أطلع على قول الربيع الذى أشار اليه الشيخ أبو إسحاق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها ؛ لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها . وان قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان . قال أبو سعيد الاصطخرى : يضمن لأنه لا حكم لنهيه ، لانه يجب عليه سقيها وعلفها ، فاذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقى والعلف وقال أبو العباس وأبو اسحاق : لا يضمن . لأن الضمان يجب لحق المالك ، وقد رضى بإسقاطه .

(الشرح) الاحكام ، قال الشافعى فى الام : واذا أودع الرجل الرجل الدابة فأمره بسقيها وعلفها ، فأمر بذلك من يسقى دوابه ويعلفها فتلفت من غير جناية لم يضمن ، وان كان سقى دوابه فى داره فبعث بها خارجا من داره ضمن قال وإذا استودع الرجل الرجل الدابة فلم يأمره بسقيها ولا علفها فحبسها المستودع مدة إذا أتت على مثلها لم تأكل ولم تشرب تلفت فتلفت فهو ضامن . وإن كانت تلفت فى مدة قد تقيم الدواب فى مثلها ولا تتلف فتلفت لم يضمن من تركها . واذا دفع اليه الدابة . اه

(قلت) فاذا أودعه بهيمة فأمره بعلفها وسقيها كان واجبا ذلك لوجهين . (الاول) لحرمة صاحبها (والثانى) لحرمة البهيمة لحديث « دخلت امرأة النار فى هرة » وإن لم يأمره بقيت فى ذمته حرمة البهيمة ، كما لو أطلق ولم يأمره . وبهذا قال أحمد والشافعى . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لانه استحفظه اياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها ، فاذا لم يعلفها كان التفريط من مالكها

دليلنا أنه لا يجوز له إتلافها أو التفريط فيها ، فاذا أمره بحفظها تضمن الامر علفها وسقيها .

فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالإنفاق عليها أو يردها عليه أو يأذن له فى الانفاق عليها ليرجع به عليه . فاذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر الى الحاكم ، فان وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه ، وان لم يجد مالا فعل مايرى لصاحبها الحظ فيه من اجارتها أو بيع جزء منها فان تعذر عليه ، علفها وأشهد على ذلك ليرجع به عليه ، فاذا نهاه عن إطعامها لتخمة حاصلة لها فأطعمها فتلفت ضمن بالتعدى والمخالفة لعلمه بعلة النهى . وبهذا قال أحمد وأصحابه . وقال بعضهم يضمن مطلقا .

أما اذا نهاه عن إطعام بهيمة سليمة فانه لا يضمن اذا تلفت ، وعليه اثم ترك إطعامها ، لان الضمان يجب لحق المالك وقد أسقطه ، وهو قول أبى العباس ابن سريج وأبى إسحاق المروزى .

وقال أبو سعيد الاصطخرى يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الله من حرمة البهيمة . وقال الزركشى « لو كانت الدابة مالكا لغيره ؛ كأن أودع الولى حيوان

محجوره فيشبه أن نهيه كالعدم . قال الشافعي : وإذا أودع الرجل الرجل شيئا من الحيوان ولم يأمره بالنفقة عليه انبغى له أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليه ويجعله ديناً على المستودع ، ويوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه وينفقها غيره لئلا يكون أمين نفسه أو يبيعها ، وإن لم يفعل فأنفق عليها فهو متطوع ولا يرجع عليه بشيء ، وإذا خاف هلاك الوديعة فحملها إلى موضع آخر فلا يرجع بالكراء على رب الوديعة لأنه متطوع . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها ، كإخراج الثياب للتشرير لم يضمن ، لأن ذلك من مصلحة الوديعة ، ومقتضى الإيداع فلم يضمن به ، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها ، لأنه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها فضمن به . كما لو أحرزها في غير حرزها ، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز ، فإن كان المنزل ضيقاً لم يضمن لأنه مضطر إلى الإخراج ، وإن كان المنزل واسعاً ففيه وجهان

(أحدهما) يضمن ، وهو المنصوص . وهو قول أبي سعيد الاصطخري . لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها ، كما لو أخرجها ليركبها . (والثاني) أنه لا يضمنها . وهو قول أبي إسحاق ، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل ، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن . وان نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب ، أو نوى أن لا يردها على صاحبها ، ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها (والثاني) وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي أنه ان نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن . وان نوى أن لا يردها ضمن ، لأن بهذه النية صار ممسكا لها على نفسه ، وبالنية الأولى لا يصير ممسكا على نفسه (والثالث) وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن ؛ لأن الضمان انما يكون بفعل يوقع في العين ، وذلك لم يوجد .

(الشرح) الاحكام : هناك بعض الودائع لا تحفظ الا بتعريضها للهواء أو الشمس في بعض الاوقات مع عدم المبالغة حتى لا يحول لونها لتأثير الهواء والشمس

على ألوان النسيج وغيره كما هو مشاهد ومعروف فى علم الكيمياء حتى ان الضوء له تأثير على الألوان ، فاذا شررها ـ أى نشرها ـ بغرض حفظها فتلفت أو حالت ألوانها لم يضمن ، واذا بسط السجاد واستعمله حتى لا يتلف بتخزينه كان له استعمالها استعمالا يحفظها ، فان هلكت فلا يضمن لأنه اذا أهملها تلفت ، ولأن ذلك من مصلحتها فلم يضمن

وقال بعض أصحابنا : لا يضمن الا اذا تحقق أن السارق دله على الموضع بعض من دخل أولا أو دله عليها وان لم يحدد موضعها ، فلو أخرجها ليركبها أو كان ثوبا ليلبسه ضمن ، أو نوى أن لا يردها على صاحبها فعلى ثلاثة أوجه :

(أحدها) وهو قول ابن سريج أنه يضمن ، لأنه نوى امتلاكها ، كما لو التقط شيئا ونوى امتلاكه (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يضمن فى الانتفاع ويضمن فى عدم الرد (والثالث) وهو قول أكثر الاصحاب أنه لا يضمن لأن نية الامتلاك لا تؤثر فى عين الوديعة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أخذت الوديعة منه قهراً لم يضمن لأنه غير مفرط فى ذلك ، وان أكره حتى سلمها ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم (أحدهما) أنه يضمن ، لأن فوت الوديعه على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه ، فأشبه اذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع (والثانى) أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبه اذا أخذت بغير فعل من جهته

(فصل) وان طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط ، فان أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط

(فصل) وان تعدى فى الوديعة فضمنها ثم ترك التعدى فى الوديعه لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئا ثم رده الى الدار . فإن قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك فى حفظها ففيه وجهان (أحدهما) يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه (والثانى) لا يبرأ حتى يردها اليه ، لأن الإبراء انما يكون عن حق فى الذمه ؛ ولا حق له فى الذمة فلم يصح الإبراء

(الشرح) الأحكام : فرق المصنف بين الأخذ منه قهراً وتسليمها للظالم قهراً فالأخذ قهراً بدون أن يسلم فيها حتى استطاع الظالم أن ينتزعها لم يضمن ، أما إذا أكره على تسليمها فسلمها ، فإن للمالك تضمينه على أصح الوجهين إذ لا فرق بين أن يسلمها مجبراً وبين أن يسلمها مختارا ، ويرجع الوديع على الظالم بما غرمه كما يرجع المالك أيضاً ، وعلى الوجه الثانى : ليس للمالك تضمين الوديع ، لأنه أكره ويرجع المالك على الظالم فى كلا الحالين ، وهما مبنيان على الوجهين فيمن أكره فى الصوم على الأكل .

(أحدهما) لا يكون مفطرا (والثانى) يحكم بإفطاره . ويجب على الوديع إنكار الوديعة عن الظالم والامتناع عن اعلامه بها جهده ، فإن ترك ذلك مع القدرة ضمن ، ويجوز له أن يحلف على ذلك لحفظها . ويجب عليه إذا أمكنته التوريه أن يورى فإن لم يمكنه صرح بغير تورية منكرا لها وكفر عن يمينه

(فرع) لا خلاف فى وجوب رد الوديعه على مالكها إذا طلبها لقوله تعالى « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك » يعنى عند طلبها . ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم أداؤها له كالمغصوب والدين الحال ، فإن امتنع فتلفت ضمنها لأنه صار غاصبا لإمساكه مال غيره بغير إذنه ، أما ان طلبها فى وقت لا يمكن دفعها اليه لبعدها أو لمخافة فى طريقها أو للعجز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله لا يكلف نفسا إلا وسعها ، فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه : فاذا قال : أمهلونى حتى أقضى صلاتى أو آكل لانى جائع أو أنام فانى ناعس أو ينهضم عنى الطعام فانى ممتلىء أمهل بقدر ذلك .

(فرع) إذا تعدى فى الوديعه بأى من أنواع التعدى كجحودها ثم عاد فأقر بها انتقلت يده من الائتمان الى الضمان ولو زالت أسباب ذلك بالإقرار فانه يبقى على الضمان ولا يبرأ منه الا بالرد وان أقام البينة على تلفها بعد جحودها لم يسقط عنه الضمان ، فلو أقام البينة بتلفها قبل جحودها فهل تسمع بينته ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا تسمع بينته لانه مكذب لها بانكاره الإيداع . والثانى : تسمع بينته ،

فاذا أبرأه المودع من الضمان ، أو أذن له فى حفظها بعد ذلك فوجهان . أحدهما وهو ظاهر قول الشافعى : يبرأ من الضمان ، لأن الضمان وجب لحقه فسقط باسقاطه له . والثانى : لا يبرأ حتى يردها على ربها لأن الإبراء لا يكون الا عن حق فى الذمة فلم يصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا اختلف المودع والمودَع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع فالقول قوله ؛ لما روى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر » ولأن الاصل أنه لم يودعه فكان القول قوله .

(فصل) وان ادعى أنها تلفت نظرت ، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينه على وجود النهب والحريق ، لان الاصل أن لا نهب ولا حريق ، ويمكن إقامة البينة عليها ، فلم يقبل قوله من غير بينة فان أقام البينة على ذلك أوادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت ؛ لان الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه ، فقبل قوله مع يمينه .

(فصل) وإن اختلفا فى الرد فالقول قوله مع يمينه ، لانه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول فى الرد قوله ؛ وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فاقام المودع بينة بالايداع فقال المودع : صدقت البينه أودعتنى ، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائنا ضامنا فلا يقبل قوله فى البراءة بالرد والهلاك ، فإن قال : أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان

(أحدهما) أنها تسمع ، لانه لو صدقه المدعى ثبتت براءته ، فإذا قامت البينه سمعت (والثانى) لا تسمع ، لأنه كذب البينة بإنكاره الايداع ، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال : ماله عندى شىء فأقام البينه بالايداع فقال : صدقت البينه أودعنى ، ولكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق فى انكاره أنه لا شىء عنده ، لانها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شىء والله أعلم .

(الشرح) الحديث سبق وسبق تخريجه .

أما الاحكام : فإنه إذا ادعى عليه أنه أودعه وديعة فقال : مالك عندى شىء أو لا تستحق على شيئا فالقول قوله . فاذا أقام المالك البينة فأقر الوديع قائلا : صدقت بالبينه ولكنها تلفت ، أو قال : ولكنى رددتها اليك لم يقبل قوله ، لأنه خان بجحوده ، فلا يقبل قوله فى التلف أو الرد .

وقد جمع الأستاذ محمد الخضراوي من فقهائنا المعاصرين عناصر ذات فائدة فى أحكام دعوى الرد على المالك أو وارثه ، قال أثابه الله : وإذا ادعى الوديع رد الوديعة على من ائتمنه من مالك وحاكم وولى ووصى وقيم ، صدق بيمينه ، وإن أشهد عليه بها عند دفعها لانه ائتمنه . أما لو ضمنها بتفريط أو عدوان فانه لا يقبل دعواه ردها ، ويجرى ما ذكر فى كل أمين أو وكيل وشريك وعامل قراض وجاب فى رد ماجباه على الذى استأجره للجباية كما قاله ابن الصلاح وأمين ادعى الرد على الوديع إذا أودعه عند سفره : لأنه ائتمنه بناء على أن للوديع الاسترداد إذا عاد من سفره ، وهو المعتمد بخلاف ما إذا ادعى الرد على المالك فانه لا يصدق لانه لم يأتمنه . ولا يصدق ملتقط الشىء ولا من ألقت عليه الريح ثوبا فى الرد الى المالك ، لأنه لم يأتمنهما وضابط الذى يصدق بيمينه فى الرد هو كل أمين ادعى الرد على من ائتمنه الا المرتهن والمستأجر فانهما يصدقان فى التلف لا فى الرد ، لانهما أخذا العين لغرض أنفسهما .

قال ابن القاص وغيره : كل مال تلف فى يد أمين من غير تعد لا ضمان عليه الا فيما اذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاة قبل حلولها ، فتلفت فى يده ، فيضمنها لهم . وإذا ادعى الوديع الرد على غير من ائتمنه كوارث المالك ، أو ادعى وارث الوديع الرد للوديع منه لا من مورثه على المالك أو أودع عند سفره أمينا فادعى الامين الرد على المالك طولب كل من ذكر ببينة بالرد على من ذكر ، اذ الاصل عدم الرد ولم يأتمنه .

أما اذا ادعى الوارث الرد من مورثه فانه يصدق بيمينه ، وصرح به البغوى

وقال الرافعى وهو الوجه ، لان الاصل عدم حصولها فى يده . وقال ابن أبى الدم انه الاصح ، وخالف فى ذلك المتولى وقال : يطالب بالبينة .

ولو تنازع الوديعه بأن ادعى كل منهما أنه ملكه ، فصدق الوديع أحدهما بعينه فللآخر تحليفه ، فان حلف سقطت دعوى الآخر ، وان نكل حلف الآخر وغرم له الوديع القيمة ، وان صدقهما فاليد لهما والخصومه بينهما ، وان قال : هى لاحدكما ونسيته ، وكذباه فى النسيان ضمن كالغاصب ، والغاصب اذا قال : المغصوب لاحدكما وأنسيته ، فحلف أحدهما على البت أنه لم يغصبه تعين المغصوب للآخر بلا يمين .

ولو ادعى الوارث علم الوديع بموت المالك ، وطلب منه الوديعه فله تحليفه على نفى العلم بذلك ، فان نكل الوارث وأخذها ، وان قال الوديع : حبستها عندى لأنظر هل أوصى بها مالكها أم لا ؟ فهو متعد ضامن .

﴿ مسئلة ﴾ سئل الشيخ عز الدين عن رجل تحت يده وديعه ولم يعرف صاحبها وأيس من معرفته بعد البحث التام فقال : يصرفها فى أهم مصالح المسلمين ويقدم اهل الضرورة ومسيس الحاجه ، ولا يبنى بها مسجداً ، ولا يصرفها الا فيما يجب على الامام العادل صرفها فيه ، وان جهله فليسأل أورع العلماء بالمصالح الواجبه التقديم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كتاب العارية

العارية بتشديد الياء . يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه . والعارية منه . والأصل فعلية بفتح العين . قال الأزهري : نسبة الى العارة وهو اسم من الإعارة . يقال أعرته الشيء إعارة وعارة ، مثل أطعته إطاعة وطاعه ، وأجبته إجابه وجابه . وقال الليث : سميت عاريه لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهري مثله ، وبعضهم يقول مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها وهما غلط ، لأن العاريه من الواو، لأن العرب تقول: هم يتعاورون العوارى ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضا . والعار وعار الفرس من الياء فالصحيح ما قال الأزهري ، وقد تخفف العاريه فى الشعر والجمع العوارى بالتخفيف وبالتشديد على الأصل ، واستعرت منه الشيء فأعارنيه . والفقهاء يذهبون دائما إلى الاخذ بقول الجوهري

قال ابن قدامة : العاريه إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال مشتقة من عار الشيء إذا جاء . ومنه قيل للبطال عيار لتردده فى بطالته ، اه

وهو كما أوضحنا خطأ لأنه من مادة أخرى ، وقال ابن بطال : ومنه سميت العير لذهابها وعودتها ، وهو خطأ كما قلنا ، وقال ابن الاثير مثله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

الإعارة قربة مندوب اليها لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وروى جابر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها ، قال رجل يا رسول الله ما حق الإبل ؟ قال حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها »

(فصل) ولا تصح الاعارة إلا من جائز التصرف فى المال ، فأما من لا يملك التصرف فى المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لانه تصرف فى المال فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع

{ فصـل } وتصح الاعارة فى كل عين ينتفع بها مع بقائها ، كالدور والعقار والعبيد والجوارى والثياب والدواب والفحل للضراب ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها . وروى أنس « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار من أبى طلحة فرسا فركبه » وروى صفوان « أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا غزاة حنين » فثبت فى هذه الاشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه

(الشرح) الاصل فى العاريه الكتاب والسنه والاجماع

أما الكتاب فقوله تعالى (ويمنعون الماعون) روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: العوارى . وفسرها ابن مسعود فقال : القدر والميزان والدلو ، وقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى)

وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة الوداع « العاريه مؤداة والدين مقضى والمنحه مردودة والزعيم غارم » أخرجه الترمذى وقال: حديث حسن غريب ، وروى صفوان بن أميه أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال « بل عاريه مضمونة » رواه أبو داود وأحمد والنسائى والحاكم وأورد له شاهدا من حديث ابن عباس ، ولفظه « بل عاريه مؤداة »

وفى روايه لابى داود « ان الادراع كانت ما بين الثلاثين الى الاربعين » ورواه البيهقى عن أميه بن صفوان مرسلا ، وبين أن الادراع كانت ثمانين ، ورواه الحاكم من حديث جابر بن عبد الله ، وذكر أنها مائة درع ؛ وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث ، قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى ابن أميه وقد سقناه فى الوكالة

أما حديث جابر فى الفصل فقد رواه أحمد ومسلم ، فقد استوفى الكلام عليه الامام النووى فى كتاب الزكاة من المجموع

وأما الاجماع فقد انعقد من الامه كلها على أن العاريه مندوب اليها لانها من القربات

وأما القياس فلأنه لما جازت الهبة بالأعيان جازت الهبة بالمنافع . ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً . ولأنه سبحانه قال « لا خير فى كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس » والعاريه من المعروف ، وقال « وتعاونوا على البر والتقوى » والعاريه من البر . والماعون

والماعون كان متعارفا عليه فى الجاهليه بأنه كل ما فيه منفعه من قليل أو كثير قال الاعشى :

بأجود منه بماعونه إذا ما سماؤهم لم تغم

وفى الاسلام الطاعة والزكاة والمعروف وأنشدوا للراعى :

أخليفة الرحمن إنا معشر حنفاء نسجد بكرة وأصيلا

عرب نرى لله فى أموالنا حق الزكاة منزلا تنزيلا

قوم على الاسلام لما يمنعوا ماعونهم ويضيعوا التهليلا

أما الاحكام فإن العاريه تفتقر الى ثلاثة أشياء : معير ومستعير ومعار ، فالمعير وهو كل من كان مالكا مطلق التصرف جاز أن يكون معيرا ، ولا يجوز من غير مالك ولا ممنوع من التصرف . وأما المستعير فكل من صح منه قبول الهبه صح منه طلب العاريه لانها نوع من الهبه . وأما المعار فهو كل مملوك صح الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات ، لاختصاص العاريه بالمنافع دون الرقاب .

فأما الفضه والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام : قسم يجوز إعارته واجارته وهو الحلى لاباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ، وقسم لا تجوز اعارته ولا اجارته ، وهو الاوانى المحظور الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وقسم تجوز اعارته ، وفى جواز اجارته وجهان وهو الدراهم والدنانير ، لان فى التجمل بهما نفعا ، والفرق بين العاريه والاجارة وان اختصا بملك المنفعه أن حكم العاريه أوسع من حكم الاجارة ، لانه يجوز أن يستعير فحل ضراب ولا يجوز أن يستأجره

والحيوان على أربعة أقسام : أحدها ما يجوز اعارته واجارته ، وهو كل ما يقتنى للنفعه ، كالدواب الانتفاع بظهورها والجوارح المنتفع بصيدها ،

والثانى: مالا يجوز إعارته ولا إجارته ، وهو نوعان (أحدهما) ما كان محرماً . (والثانى) ما كانت منفعته عينا . فأما المحرم الانتفاع به فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة ، فلا يجوز أن تعار ولا أن يؤاجر ، وأما ما كانت منفعته عينا فذات الدر من المواشى كالغنم فلا يجوز أن تعار ولا تؤاجر لاختصاص العارية والاجارة بالمنافع دون الأعيان ، ولكن يجوز أن تمنح

قال الشافعى : والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته إلى رجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحا . وروى الشافعى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة قال رسول الله (ص) : المنحة أفضل الصدقة تغدو بأجر وتروح بأجر . والقسم الثالث ماتجوز إعارته ولا تجوز إجارته كالفحول إذ إجارتها ثمن لعسبها ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن عسب الفحل

والقسم الرابع ما تجوز إعارته ، وفى جواز إجارته وجهان ، وهو ما انتفع به من كلاب الصيد والفحول لغير العسب ، وإذا صحت إعارة البهائم دون إجارتها فعلفها ومؤونتها على المالك دون المستعير والمستأجر ، لأن ذلك من حقوق الملك ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز اعارة جارية ذات جمال لغير ذى رحم محرم ، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها ، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم ، لأنه يؤمن عليها الفساد ، ولا تجوز اعارة العبد المسلم من الكافر ، لأنه لا يجوز أن يخدمه . ولا تجوز اعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له امساكه ولا التصرف فيه . ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة ، لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك .

(فصل) ولا تنعقد الا بإيجاب وقبول لأنه ايجاب حق لآدمى فلا يصح الا بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة ، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر ، فإن قال المستعير أعرنى فسلمها اليه انعقد ، وان قال المعير : أعرتك

فقبضها المستعير انعقد ؛ لأنه اباحة للتصرف فى ماله ، فصح بالقول من احدهما والفعل من الآخر ، كاباحة الطعام

(الشرح) هذا الفصل فيه من محاسن الاسلام فى معاملة السبي ، وهو ظاهرة اجتماعية عالمية جاء الاسلام لتصفيتها بالتقرب الى الله تعالى بفك رقابها . ومن ذلك أن المرء اذا كانت عنده جارية جميلة فإنه لا يجوز اعارتها لخدمة آخر حتى لا يؤدى ذلك الى اغرائه بأن ينزو عليها ، ويسرى هـذا الامر على الخادمات اللائى يغشين المنازل فى زماننا هذا لأداء بعض الخدمة واعانة ربات البيوت على بعض ما يشق عليهن ، فلا يجوز اعارة مثل هؤلاء الخادمات اذا كن جميلات ، كما يكره للرجل أن يتحرى أن تكون خادمته ذات جمـال ، كما لا يجوز للمرء أن يستخدم أباه ولا أن يستعيره لخدمته ، وهذا الحكم فى شكله الذى سقناه هو الملائم الآن . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واذا قبض العين ضمنها ، لما روى صفوان ، أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد ؟ قال بل عارية مضمونة ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه ، لا على وجه الوثيقة ، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت ، فان كان مما لا مثل له ففى ضمانها وجهان (أحدهما) يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالمغصوب ، وتصير الاجزاء تابعة للعين ان سـقط ضمانها بالرد سقط ضمان الاجزاء وان وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الاجزاء (والثانى) أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح ، لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض الى حين التلف أوجبنا ضمان الاجزاء التالفة بالاذن ، وهذا لا يجوز ، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وان كان مما له مثل .

فإن قلنا فيما لا مثل له انه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها ، وان قلنا انه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها

واختلف أصحابنا فى ولد المستعارة فنهم من قال : إنه مضمون لأنها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة ، ومنهم من قال : لا يضمن : لأن الولد لم يدخل فى الإعارة فلم يدخل فى الضمان ، ويخالف المغصوبة ، فإن الولد يدخل فى الغصب فدخل فى الضمان ؛ فإن غصب عيناً فأعارها من غيره ، ولم يعلم المستعير وتلفت عنده ، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب ، لأنه دخل على أنه يضمن العين ، وإن ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب ؟ فيه قولان ، بناء على القولين فيمن غصب طعاما وقدمه الى غيره . أحدهما : يرجع لأنه غره والثانى : لا يرجع ، لأن المنافع تلفت تحت يده .

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : العارية كلها مضمونة ، الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شىء منها ، فمن استعار شيئا فتلف فى يده بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له ، والأشياء لا تخلو أن تكون مضمونة أو غير مضمونة ، فما كان منها مضمونا مثل الغصب وماأشبهه فسواء ما ظهر منها هلاكه وماخفى فهو مضمون على الغاصب والمستسلف جنيا فيه أو لم يجنيا أو غير مضمونة مثل الوديعه فسواء ما ظهر هلاكه وما خفى فالقول فيها قول المستودع مع يمينه وخالفنا بعض النناس فى العارية فقال : لا يضمن شيئا إلا ما تعدى فيه ؛ فسئل من أين قاله ؟ فزعم أن شريحا قاله ، وقال : ما حجتكم فى تضمينها .

قلنا : استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان فقال له النبى (ص) « عارية مضمونه مؤداة » قال : أفرأيت إذا قلنا : فان شرط المستعير الضمان ضمن وإن لم يشرطه لم يضمن ؟

قلنا : فأنت إذن تترك قولك . قال : وأين ؟ قلنا : أليس قولك : إنها غير مضمونة إلا أن يشترط ؟ قال : بلى ، قلنا : فما تقول فى الوديعه إذا اشترط المستودع أنه ضامن أوالمضارب ؟ قال لا يكون ضامنا . قلنا فما تقول فى المستسلف إذا اشترط أنه غير ضامن ؟ قال . لا شرط له ويكون ضامنا . قلنا . ويرد الامانة الى أصلها والمضمون الى أصله ويبطل الشرط فيهما جميعا ؟ قال . نعم ، قلنا . وكذلك ينبغى لك أن تقول فى العاريه . وبذلك شرط النبى صلى الله عليه وسلم

أنها مضمونة الا لما يلزم . قال . فلم شرط ؟ قلنا لجهالة صفوان ، لانه كان مشركا لا يعرف الحكم ، ولو عرفه ما ضر الشرط اذا كان أصل العارية أنها مضمونة بلا شرط كما لا يضر شرط العهدة وخلاص عقدك فى البيع ، ولو لم يشترط كان عليه العهدة والخلاص أو الرد . قال . فهل قال هذا أحد ؟ قلنا فى هذا كفاية : وقد قال أبو هريرة وابن عباس رضى الله عنهما « ان العارية مضمونة » وكان قول أبى هريرة فى بعير استعير فتلف . انه مضمون اه .

وقال الماوردى فى الحاوى : فيامها بالقبض فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير ، واختلفوا فى تلف عينها على خمسة مذاهب .

(أحدها) وهو مذهب الشافعى أنها مضمونة عليه سواء تلفت بفعل آدمى أو بجائحة سماوية ، وبه قال من الصحابة ابن عباس وعائشة وأبو هريرة رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

(والمذهب الثانى) وهو مذهب أبى حنيفة أنها غير مضمونة عليه الا بالتعدى وبه قال الحسن البصرى والنخعى والثورى والاوزاعى .

(والثالث) وهو مذهب مالك : ان كان مما يخفى هلاكه ضمن ، وان كان مما يظهر لم يضمن .

(والرابع) وهو مذهب الشيعة : ان تلفت بالموت لم يضمن ، وان تلفت بغيره ضمن .

(والخامس) وهو مذهب قتادة وعبيد الله الحسن العنبرى وداود : ان شرط ضمانها لزم ، وان لم يشترط لم يلزم ، واستدلوا على سقوط الضمان برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المستعير غير المغل ضمان » وهذا نفى ، وبرواية عطاء بن أبى رباح عن صفوان ابن يعلى عن أبيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعا فقلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة قال : بل مؤداة » قالوا : فقد نفى الضمان عنها فلم يجز أن يتوجه اليها . قالوا : ولانه

مستعار تلف بغير تفريط فوجب أن لا يضمنه المستعير قياساً على تلف الأجزاء. قالوا : ولان مالم تكن أجزاؤه مضمونه لم تكن جملته مضمونه كالودائع طرداً والغصوب عكساً .

دليلنا رواية قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ماأخذت حتى تؤدي » وهذا تضمين ، ثم ساق الماوردى حديث صفوان المار كدليل آخر ، فإن قيل : هو محمول على ضمان الرد كالودائع التى هى مضمونة الرد ، وليست مضمونة العين ، قيل : إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذاك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم قال « عارية مضمونه مؤداة » وكان الأداء محمولا على الرد والضمان على التلف ، ثم يجيب صاحب الحاوى على اعتراضات المخالفين فيقول عن حديث ليس على المستعير غير المغل ضمان :

الجواب من وجهين : أحدهما أنه محمول على ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال وهذا وان كان تخصيصاً فلما عارضه من الاخبار المخصصه .

والثانى : أن المغل فى هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانه والغلول وإنما هو مأخوذ من استغلال الغلة ، يقال : هذا غل فهو مغل إذا أخذ الغلة .

قال زهير بن أبى سلمى :

فتغل لكم مالا تغل لامثالها　　قرى بالعراق من قفيز ودرهم

فيكون لا ضمان على المستعير غير المستغل أى غير القابض لانه بالقبض يصير مستغلا وهذا صحيح ، وأما الجواب عن « عاريه مضمونه أو مؤداة ؟ » فهو أن معناه عارية مضمونه بالبدل ، أو مؤداة العين استعلاماً لحكمها هل تؤخذ على طريق البدل والمعاوضه أو على طريق الرد والاداء فأخبر أنها مؤادة العين ، لا يملكها الآخذ بالبدل ، وأما تلفها بالاستعمال المأذون فيه كالثوب المستعار إذا بلى باللبس لم يضمنه المستعير ، والمعنى فيه أنه أتلفه بإذن مالكه فسقط عنه ضمانه ، والعارية إذا تلفت بغير إذن مالكها وجب عليه ضمانها ، ولو تلفت الثياب بغير اللبس المأذون فيه كان شد فيها متاعا أو حمل فيها تراباً ضمن ، وعند أحمد فى أظهر القولين يجب ضمانها لو بليت باللبس .

(فرع) لا يخلو حال العارية اذا تلفت عن أحـد أمرين . اما أن يكون لها مثل أو لا مثل لها ، فإن لم يكن لها مثل ضمنها بالقيمه ، وفيها وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمتها يوم التلف ليسقط ضمان الاجزاء التالفه بالاستعمال

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض الى حين التلف كالغصب ، وتصير الأجزاء تبعاً للجملة ، فإن كان للعاريه مثل فى ما يضمنها به وجهان بناء على صفة ضمان مالا مثل له .

(أحدهما) يضمنها بالمثل اذا جعل ضمانها فى أكثر الاحوال كالغصب

(والثانى) يضمنها بالقيمه اذا جعل ضمانها وقت التلف .

فأما ما تنتجه العاريه من ولد اذا حدث فى يد المستعير فى وجوب ضمانه عليه وجهان ، أحدهما : عليه ضمانه لأن ولد المضمون مضمون كالمغصوبه ، والوجه الثانى : لا ضمان عليه لان معنى الضمان فى الأم معدوم فى الولد بخلاف الغصب لان ولد العاريه لا يكون مستعاراً ، وولد المغصوبه يكون مغصوبا .

وأما قول الشافعى فى موضع من كتاب الإجارات : ان العاريه غير مضمونه الا بالتعدى — وهو ما أشرنا اليه فى كتاب الضمان — فليس بقول ثان فى سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع ، وهو محمول على أحـد ثلاثه أوجه ، اما على سقوط ضمان الأجرة ، أو على سقوط ضمان الآجزاء : أو حكايه عن مذهب غيره كما قال : يجوز نكاح المحرم حكايه عن مذهب غيره وفرع عليه وان لم يعلنه مذهبا لنفسه والله أعلم . هذا ومايتعلق بالغصب فى هذا الفصل آت ان شاء الله فى الغصب ومن الله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز للمعير أن يرجع فى العاريه بعد القبض ، ويجوز للمستعير أن يرد ، لانه اباحه فجاز لكل واحد منهما رده كاباحه الطعام . واذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار من صفوان بن أميه أدرعا وسلاحا ، فقال أعاريه مؤداة ؟ قال : عاريه مؤداة ، ويجب ردها الى المعير أو الى وكيله ، فان ردها الى المكان

الذى أخذها منه لم يبرأ من الضمان ، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق .

(فصـل) ومن استعار عينا جاز له أن يستوفى منفعتها بنفسه وبوكيله ، لأن الوكيل نائب عنه . وهل له أن يعير غيره ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر (والثانى) لا يجوز وهو الصحيح ، لأنه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام ، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع . ولهـذا يملك أن يأخذ عليه العوض ، فملك نقله إلى غيره كالمشترى للطعام والمستعير لا يملك ، ولهـذا لا يملك أخذ العوض عليه ، فلا يملك نقله إلى غيره ، كمن قدم اليه الطعام .

(فصـل) وتجوز الاعارة مطلقا ومعينا ، لأنه إباحة فجاز مطلقا ومعينا كإباحة الطعام ، فإن قال : أعرتك هـذه الأرض لتنتفع بها ، جاز له أن يزرع ويغرس ويبنى ، لأن الاذن مطلق ، وإن استعار للبناء أو للغراس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضررا من الغراس والبناء فإذا رضى بالبناء والغراس رضى بالزرع

ومن أصحابنا من قال : إن استعار للبناء لم يزرع ، لأن فى الزرع ضررا ليس فى البناء ، وهو أنه يرخى الأرض ، وإن استعار للزرع لم يغرس ولم يبن ، لأن الغراس والبناء أكثر ضررا من الزرع فلا يكون الاذن فى الزرع إذنا فى الغراس والبناء . وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة ؛ لأن الرضا بزراعة الحنطة رضا بزراعة مثله . وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما ، وهل يملك الآخر ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أنه يملك الآخر ، لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الاذن فى أحدهما إذنا فى الآخر (والثانى) أنه لا يجوز ، لأن فى كل واحد منهما ضررا ليس فى الآخر ، فان ضرر الغراس فى باطن الارض أكثر ، وضرر البناء فى ظاهر الارض أكثر ، فلا يملك بالاذن فى أحدهما الآخر

(الشرح) أما الاحكام فانه إذا طالب المعير بردها كانت ضرورة ردها واجبة على المستعير بخلاف المستأجر ، والفرق بينهما أن تسليم المنفعة فى الاجارة مستحق

على المؤاجرة فكانت مؤونة الرد عليه ، وتسليمها فى العارية هبة المستعير فكانت مؤونة الرد عليه .

فإذا استعار دابة ثم ردها الى اصطبل المعير لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها الى المعير أو وكيله فيها . وقال أبو حنيفة : يبرأ منها بردها الى الاصطبل استحساناً لا قياساً وهذا خطأ ، لأن الاصطبل لو كان كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل اذا ردها اليه أن يسقط عنه ضمانها كما يسقط بردها الى يده ، وفى بقاء الضمان عليه دليل على أن ليس عودها الى الاصطبل عوداً الى يده . وقال الحنابلة إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها الى المعير أو وكيله فى قبضها ، ويبرأ بذلك من ضمانها . وان ردها الى من جرت عادته بجريان ذلك على يده كزوجته المتصرفة فى ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب أنه يبرأ

(فرع) اذا استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله ، لأن وكيله نائب عنه ويده كيده ، وليس له أن يؤجره لأنه لم يملك المنافع فلا يصح أن يملكها غيره ، لأن المستعير لا يملك العين ، وليس للمستعير استعمال المعار الا فيما أذن له فيه ، وليس له أن يعيره غيره . وهذا هو الوجه الاصح عندنا ، ولا قول غيره عند الحنابلة .

والوجه الآخر له ذلك — وهو قول أبى حنيفة — لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كالمستأجر أن يؤجر ، قال أصحاب الرأى : اذا استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ، وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه .
وقال مالك : اذا لم يعمل بها الا الذى كان يعمل بها الذى أعيرها فلا ضمان عليه .

ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره كاباحة الطعام ، وفارق الاجارة لأنه ملك الانتفاع على كل وجه فملك أن يملكها ، وفى العارية لم يملكها انما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبه من أبيح له أكل الطعام ، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل ، وله أن يطالب من شاء منهما ؛ لأن الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه . والثانى استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثانى ، لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الثانى لم يرجع على الاول الا أن يكون الثانى لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل

أن يستقر الضمان على الأول لأنه غر الثـاني . ودفع اليه العين على أنه يستوفى منافعها بغير عوض ، وإن تلفت العين فى يد الثانى استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثانى . وإن رجع على الثانى لم يرجع على أحد على احد القولين والثانى : له أن يرجع ، وسيأتى فى الغصب إن شاء الله

(فرع) تجوز الإعارة مطلقا ومقيداً لأنها إباحة لجاز فيها إباحة ذلك كاباحة الطعام ، ولأن الجهالة إنما تؤثر فى العقود اللازمة ، فاذا أعاره شيئاً مطلقا أبيح له الانتفاع به فى كل ما هو مستعد له من الانتفاع به ، فاذا أعاره أرضا مطلقا فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويفعل فيها كل ما هى معـدة له من الانتفاع لأن الاذن مطلق ، وإن أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ما شاء لأن ضرره دون ضررهما ، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه ، وإن استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن : لأن ضررهما أكثر ، فلم يكن الاذن فى القليل إذنا فى الكثير . وإن استعارها للغراس أو البناء ملك المأذون فيه منهما وفى امتلاك الآخر وجهان (أحدهما) يملك الآخر لأن الغراس والبناء يتقاربان فى البقاء والتأبيد فكان الاذن فى أحدهما إذنا فى الآخر

(والثانى) لا لاختلاف كل منهما . ولأن ضررهما مختلف ، فان ضرر الغراس فى باطن الارض لانتشار العروق فيها ؛ وضرر البناء فى ظاهرها فلم يكن الاذن فى أحدهما إذنا فى الاخر .

وإن استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو أقل ضرراً منها كالشعير والباقلا والعدس ، وله زرع ماضرره كضرر الحنطه ، لأن الرضى بزراعة شىء رضى بضرره وما هو دونه ، وليس له زرع ما هو أكثر ضررا منه كالذرة والدخن والقطن . لأن ضرره أكثر ، وحكم إباحة الانتفاع فى العارية كحكم الانتفاع فى الاجارة فيما له أن يستوفيه ، وما يمنع منه . وفى الاجارة مزيد إن شاء الله تعالى .

ولما كانت بعض النباتات تجهد الارض مثل القطن ، ولذا تحتاج الى تسميد وسباخ وبعضها يفيد الارض كالفول والبرسيم فانهما يفيدان الارض ويكسبانها

مادة الازوت . وفى البرسيم ميزة أخرى وهى تمكين الماشية والدواب من التغذى به بربطها عليه فتحدث أنفاسها ، وبخاصة أنفاس الغنم ، وكذلك أبوالها وأرواثها تسميداً للأرض يكسبها قوة ويكمل فى التربة بالمواد العضوية من الكفاءة والقوة والخصب مالا يتوفر فى الذرة والقمح والقطن التى تضعف خصوبة التربة ، فان اختلاف ضرر الارض أو انتفاعها يختلف باختلاف مزروعها . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أعاره أرضا للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز أن يغرس ويبنى شيئا آخر ، لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال الاذن ، فأما ما غرس وبنى فينظر ، فان كان قد شرط عليه القلع أجبر على القلع ، لقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأنه رضى بالتزام الضرر الذى يدخل عليه بالقلع ، فاذا قلع لم تلزمه تسوية الارض ، لأنه لما شرط عليه القلع رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص ، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه ، وان لم يشرط القلع نظرت ، فان لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع قلع ، لانه يمكن رد العارية فارغة من غير اضرار ، فوجب ردها ، فان نقصت قيمة الغراس والبناء بالقلع نظرت ، فان اختار المستعير القلع كان له ذلك . لأنه ملكه فملك نقله

فاذا قلعه فهل تلزمه تسوية الارض ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه ، لانه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع ، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسويه . كما لو شرط القلع (والثانى) تلزمه لأن القلع باختياره ، فانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض ؛ كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس ، وان لم يختر القلع نظرت ، فان بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الارض أجبر المستعير عليه ، لانه رجوع فى العاريه من غير اضرار ، وان ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع ، لانه رجوع فى العاريه من غير إضرار .

وان بذل المعير القيمه ليأخذه مع الارض ، وبذل المستعير قيمة الارض

ليأخذها مع الغراس قدم المعير: لأن الغراس يتبع الأرض في البيع فجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك، وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الأرض لم يجبر على القلع لقوله صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق» وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الاجرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقلع لأن الاعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان (والثاني) يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة

(فصل) وإذا أقررنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل الى الارض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه، لأن الذي استحق المستعير من الارض موضع الغراس. فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز المالك دخوله وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد رجع في الإعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لاصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان (أحدهما) لا يملك لان حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه (والثاني) أنه يملك، وهو الصحيح لأن الاذن في الغراس إذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره، وإن أراد المعير بيع الارض جاز لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره (والثاني) لا يجوز لأن ملكه غير مستقر، لان للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذها، والصحيح هو الاول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشترى بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة

(الشرح) حديث «المؤمنون عند شروطهم» وكذلك حديث «ليس لعرق ظالم حق» أسلفنا القول فيهما في غير موضع. أما الأحكام فقد قال صاحب الحاوى إذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء ثم رجع المعير فان كان رجوعه قبل الغرس منع المستعير من غرسها وبنائها، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان في حكم الغاصب يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الارض؛ فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء لم يكن له إحداث زيادة في غرسه وبنائه، فإن

أحـدث زيادة أجبر على قلعها . فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان :

إحداهما أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبناءه عند رجوعه فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم ، ولقوله صلى الله عليه « المؤمنون عند شروطهم » ولأن رضاه بهذا الشرط التزام منه للضرر الداخل عليه بالقلع فكان هو الضامن لنفسه ، ولم يكن مغرورا بغيره .

(والحال الثانية) أن لا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع فهذا على ضربين . أحـدهما أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أو أكثر ، فيؤخذ المستعير بالقلع ، لأن العـارية لا تلزم والضرر بالقلع مرتفع .

والضرب الثاني : أن يكون قيمته مقلوعا أقل ، فإن بذل المعير قيمته قائما أو بذل نقص ما يميز قيمته مقلوعا وقائما منع المستعير من إقراره وخير بين قلعه أو أخذ قيمته أو أرش نقصه ، لأن ما يخافه من ضرر النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش ، فلو بذل المستعير قيمة الارض وبذل المعير قيمة الغرس كان المعير أحق من المستعير لامرين .

(أحدهما) أن الارض أصل والغرس تبع فكان ملك الاصل أقوى .

(والثاني) أنه أسبق ملكا ، وقيل للمستعير : لايجوز مع زوال الضرر عنك أن تدخـل الضرر على المعير بالترك ، فان أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع فاذا قلع فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا ، على وجهـين (أحدهما) لا يلزم لانه مأذون فيه ، فأشبه بلى الثوب باللبس (والوجه الثاني) يلزمه ذلك لأنه قلع باختياره بعد زوال العاريه من غير أن يلجأ اليه فصار مأخوذا بنقصه

(فرع) إذا امتنع المعير من بذل قيمة الغرس وامتنع المستعير من القلع فقد اختلفوا في حكمه على ثلاثة مذاهب :

أحدها وهو قول أبي حنيفه أنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العاريه مقررة أو مطلقه لحديث « العاريه مؤداة » .

والثاني وهو قول أبي ابراهيم المزني أنه ان كانت العاريه مطلقه تترك وان كانت مقدرة بمدة قلع بعدها ؛ فرقا بين المطلقه والمقيدة . لانه المقصود في اشتراط المدة

والثالث : وهو قول الشافعى أنه يقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع فى العارية لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » والمستعير ليس بظالم فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم لأن العارية إرفاق ومعونة فلو أوجبت الإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق والمعونه الى حكم العدوان والضرر .

(فرع) إذا ثبت أن الغرس والبنـــاء مقر فإقراره مشروط ببذل الأجرة واقامة المعير على المبيع من ترك القيمه ، فصار اقراره مستحقا بهذين الشرطين فإن أجاب المعير من بعد الى بذل القيمه أو امتنع المستعير من بذل الأجرة أجبر على القلع ، لانه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الاجارة وما استدام وجب الاقرار ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه : وان كان مستظلا بغرسه وبنائه لان الاجرة مأخوذة على اقرار الغرس والبناء ، فأما البياض الذى بين أثنـائه فليس بمشغول بملك المستعير فلم يجز منع المعير منه ، وان بذلت له الاجرة عليه أن يجيب الى اجارتها طوعا بمسمى برضاه فيكون كمن أجر أرضه مختاراً ، فأما المستعير فهل يستحق دخول الأرض ليصل الى غرسه وبنائه أم لا على وجهين .

(أحدهما) لا يستحق الدخول لارض المعير .

(والوجه الثـــانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انه يستحق دخول الارض ليصل الى غرسه وبنائه فى مراعاته ومصلحته ؛ ويجبر المعير على تمكينه لأن الاذن بالغرس والبناء اذن به وبمنافعه ، فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له اعادة بدله الا باستحداث عارية والى ما سبق ذهب الحنابلة .

(فرع) واذا أراد المستعير بيع غرســه وبنائه على غير المعير ففي جوازه وجهان ، أحـدهما : يجوز ، لانه مملوك ، وليس للمعير أن يأخذ المشترى بالقلع كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير . والوجه الثانى أن بيعه لا يجوز ، لان المشترى غير مستعير ، وترك ما اشتراه غير مستديم ؛ لان المعير متى بذل القيمه استحق بها أخذ الغرس أو قلعه ، وهذان الوجهان من اختلافهم فى المستعير هل يجوز له أن يعير ؟

(فرع) والمعير دخول أرضه كيف شاء للتفرج والاستراحة ، لأن بين الغراس أرضا بيضاء ليست عارية ، وليس لصاحب الغرس منع صاحب الارض من غشيانها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان حمل السيل طعام رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانا ، فيه وجهان (أحدهما) لا يجبر لانه غير مفرط فى انباته (والثانى) يجبر ، وهو الصحيح ، لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير اذن ، فأجبر على ازالته كما لو كان فى داره شجرة فانتشرت أغصانها فى هواء دار غيره .

(فصل) وان أعاره أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع فى العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع ، ففيه وجهان . أحدهما : أنه كالغراس فى التبقية والقلع والارش والثانى : أنه يجبر المعير على التبقية الى الحصاد بأجرة المثل ؛ لأن للزرع وقتاً ينتهى اليه : وليس للغراس وقت ينتهى اليه ، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه .

(فصل) وان أعاره حائطا ليضع عليه أجذاعا فوضعها لم يملك اجباره على قلعها ، لانها تراد للبقاء ، فلا يجبر على قلعها كالغراس ، وان ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها ، لم يجبر المستعير على قبولها ، لأن أحد طرفيها فى ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته ، وان تلفت الاجذاع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد الا باذن ، لأن الاذن تناول الأول دون غيره ، فان انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثانى ، لأن الاذن تناول الاول ومن أصحابنا من قال : يجوز لأن الاعارة اقتضت التأبيد والمذهب الاول .

(فصل) وان وجدت أجذاع على الحائط ، ولم يعرف سببها ، ثم تلفت جاز اعادة مثلها ، لان الظاهر أنها بحق ثابت .

(الشرح) الاحكام : اذا حمل السيل بذر رجل فنبت فى أرض غيره أو نوى فصار غرسا فهو لمالك البذر والنوى لأنه نماء ملكه ، وهل لصاحب الأرض

أن يأخـذه المـالك بقلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) له قلعه لأنه نبت فى أرضه بغير اختياره .

والوجه الثانى: ليس له قلعه إذا بذلت له الاجارة ، لأن مالكه غير متعد به وإلى هذا ذهب أحمـد وأصحابه . لأن قلعه إتلاف للمال على مالكه ، ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك . وفرق الحنابلة بين الحب والنوى أى بين الزرع والغرس .

وقد صححنا الوجه الأول أنه يجبر على ذلك إذا طالبه رب الأرض به ، لأن ملكه نما فى ملك غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته فى هواء ملك جاره . وكذلك النوى حيث ينبت شجراً كالزيتون والنخيل ونحوهما فهو لمالك النوى ويجبر على قلعه . وبهذا أخذ الحنابلة وأوجبوا إزالتها قولا واحداً .

(فرع) إذا غرس الأرض المعارة ثم رجع المعير قبل إدراك الزرع ففى لزوم قلعه وجهان (أحدهما) أنه كالغراس فى التبقية والقلع والأرش على ما مضى فى الفصل قبله (والثانى) يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل ، وذلك لأن الزرع يختلف عن الغرس من حيث الزمن فالزرع يحصـد فى أشهر معلومات . أما الغراس فلا حد له .

(فرع) إذا أعار الرجل جاره حائطا ليضع عليه أجـذاعاً فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقطعها بعد الوضع ، لأن وضع الاجذاع يراد للاستدامة والبقاء وهل يستحق عليه الاجر بعد رجوعه فى العاريه أم لا ؟ على وجهين

(أحدهما) يستحقها كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء ، فعلى هـذا إن امتنع صاحب الاجذاع من بذلها أخذ بقلعها (والوجه الثانى) وهو أصح : لا أجرة له . والفرق بين الحائط والارض أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه وإن كانت الاجذاع موضوعة فيه وليس كالارض التى لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها ، مع أن العرف لم يمكن بإجارة الحائط وهو جار كما يمكن بإجارة الارض ، فلو بذل صاحب الحائط ثمن الاجذاع لصاحبها لم يجبر على قبولها ولا على قلعها بخلاف الغرس والبناء ، والفرق بينهما أن الاجذاع إذا حمل أحد طرفيها فى حائط المعير والطرف الآخر فى حائط المستعير فلم يجبر أن يأخذ

قيمة ما فى ملكه ، والغرس والبناء كله فى أرض المعير لجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما فى غير ملكه .

فلو انهدم الحائط الذى فيه الأجذاع موضوعة فبناه المالك فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة موضعها بالإذن الأول أم لا ، على وجهين (أحدهما) له إعادتها لأن العارية أوجبت دوام وضعها ، فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل الى حقه من وضع أجذاعه فيه

والوجه الثانى : ليس له إعادتها ، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق وهذا غيره ولم يعره مالكه ، فعلى هذا لو أراد صاحب الاجذاع أن يبنى الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه لم يكن له

(فرع) إذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطا فليس له بعد الإمساك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائما وكان الجذع صحيحا لما فيه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد إقامته من خوف السقوط وهلاكه . وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا ، على ماذكرنا من الوجهين ، فإن أنكر الجذع أو انهدم الحائط فله الرجوع به لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر

(فرع) إذا أعار أرضاً لدفن ميت فليس له بعد الدفن الرجوع فيها ، لأن دفن الميت للاستدامة والبقاء شرعا وعرفا ، ولو رضى أولياؤه بنقله منعوا منه ، لأنه حق للميت ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل ، وليس لصاحب الارض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع فى العاريه وجها واحداً لا يختلف لأمرين . (أحدهما) أن العرف غير جار به (والثانى) أن الميت زائل الملك والاولياء لا يلزمهم ، فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش وجب أن يعاد إلى قبره جبراً وليس لصاحب الارض بعد ظهوره أن يرجع فى عاريته ويمنع من دفنه ، لأنه قد صار حقا للميت مؤبداً ، فلو أن رجلا أذن للناس أن يدفنوا أمواتهم فى أرضه فإن سبلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه ، وإن لم يسبلها فله الرجوع فيها ، ولا يكون الإذن بالدفن فيها تسبيلا لها . فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن ، وليس له نقل من دفن ؛ ويحرم على من أعار الارض للدفن أن

يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت مع ورود النهى عنه فلو أراد أن يدفن فيه ميتا آخر لم يجز إلا أن يتجاوز مكان لحده فيجوز وإن كان مقارنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا استعار من رجل عبداً ليرهنه فأعاره ففيه قولان . أحدهما أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن فى رقبة عبده ، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك ، فدل على أنه ضمان . والثانى أنه عارية لانه استعاره ليقضى به حاجته فهو كسائر العوارى

فإن قلنا إنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله ، لانه ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك . وإن قلنا إنه عارية لم يفتقر إلى ذلك لانه عاريه فلا يعتبر فيه العلم ، فإن عين له جنسا وقدراً ومحلا ، تعين على القولين ، لان الضمان والعاريه يتعينان بالتعيين : فإن خالفه فى الجنس لم يصح لانه عقد على ما لم يأذن له فيه ، وإن خالفه فى المحل بأن أذن له فى دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح ، لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن فى الحال ، وان أذن له فى دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح ، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده الى أجل ، فإن خالفه فى القدر بأن أذن له فى الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز ، لان من رضى أن يقضى عن غيره عشرة رضى أن يقضى ما دونه ، وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح ، لان من رضى بقضاء عشرة لم يرض بما زاد .

(فصل) وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين فى الحال ، لأن للمعير أن يرجع فى العاريه ، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان ؛ فان رهنه بدين مؤجل باذنه ، فان قلنا : انه عاريه جاز له المطالبة بالفكاك ، لأن للمعير أن يرجع متى شاء . وان قلنا انه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن الى أجل لا يملك المطالبه قبل المحل .

(فصل) وان بيع فى الدين فان قلنا انه عاريه رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العاريه تضمن بقيمتها . وان قلنا انه ضمان رجع بما بيع به ، سواء بيع بقدر

قيمته أو بأقل أو بأكثر ، لأن الضامن يرجع بما غرم ، ولم يغرم إلا ما بيع به .

(فصـــل) وإن تلف العبد فإن قلنا إنه عارية ضمن قيمته ، لأن العاريه مضمونة بالقيمة ، وإن قلنا انه ضمان لم يضمن شيئاً لانه لم يغرم شيئا .

(فصـــل) وان استعار رجل من رجلين عبداً فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن ، ففيه قولان (أحدهما) لا تخرج لانه رهنه بجميع الدين فى صفقة فلا ينفك بعضـه دون بعض (والثانى) يخرج نصـفه لانه لم يأذن كل واحد منهما إلا فى رهن نصيبه بخمسين ، فلا يصير رهنا بأكثر منه .

(الشرح) الاحكام : سبق أن قلنا إن العارية إباحة المنفعة فلم يجز أن يبيحها غيره ، ولكن إذا أذن له المعير فى إجارتها أو رهنها أو إعارتها مدة معلومة جاز ، لان الحق لمالكه فجاز ما أذن فيه . وهل تكون العين مضمونه على المستعير أم تبق يده على الائتمان ؟

قلنا : إن كان ذلك بإذنه لا تكون العين مضمونه ، أما إذا خالف المستعير المعير بأن أذن له فى رهنها فأعارها ففيه قولان (أحدهما) أنه لا ضمان لان العين قد استعارها للانتفاع بمنفعتها ولقضاء حاجته منها (والثانى) أنه تعدى فى منفعة العين على وجه لم يأذن فيه مالكها ، وهو الذى يملك المنفعة فدل على أنه ضمان . وقال ابن المنذر : إذا استعار الرجل من الرجل شيئا يرهنه عند رجل على شىء معلوم إلى وقت معـلوم فرهن ذلك على ما أذن فيه له فقد أجمعوا على أن ذلك جائز ، وذلك لانه استعاره ليقضى به حاجته ، فصح كسائر العوارى .

فإذا أذن له فى رهن العارية ، فان مالك العاريه يكون مالكا للرهن فيضمن بذلك الدين عن الراهن ، فيجب أن يكون المعير عالما بقـدر الدين ومحله ، فاذا خالفه فى أيهما لم يصح لما يترتب عليه من حرج لمالك الرهن

وقال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه إلا إذا عينه المستعير من تلقاء نفسه لأن العارية لا يعتبر فيها العلم ، ولأن العارية لجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الارض للزرع . ولنا فى هذه المسألة

قولان . وكذلك إذا رهنه بأكثر مما قدره . أو حال بمؤجل أو مؤجل بحال المال التي أوضحها المصنف ، فاذا رهنه بأقل من القدر الذي عينه جاز ، لأن من رضي بعشرة رضي بما دونها عرفا ، فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن فاشتراه بأنقص ، وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن في الحال ، سواء كان بدين مؤجل أو حال ، لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء . وهو أحد القولين عندنا ، وقول واحد عند أصحاب أحمد .

(فرع) إذا حل الدين فلم يفكه الراهن جاز بيعه لأن ذلك مقتضى الرهن ، فاذا بيع في الدين أو تلف . فان قلنا : إنه عارية رجع المعير على المستعير بقيمتها لأن العاريه تضمن بقيمتها ، وان تلف من غير تفريط فلا شيء على المرتهن ، لأن الرهن لا يضمن من غير تعد . واذا استعار عاريه من رجلين فرهنها بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما فقولان (أحدهما) لا تخرج لانه رهنها بجميع الدين في الصفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد . وبهذا قال أحمد وأصحابه (والثاني) يخرج نصفه لان كل واحد منهما لم يأذن إلا في رهن نصيبه . وله أن يرجع متى شاء والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتها فعليك الاجرة وقال الراكب : بل أعرتنيها فلا أجرة لك ، فقد قال في العاريه : القول قول الراكب . وقال في المزارعه : اذا دفع أرضه الى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك أكريتكها وقال الزارع بل أعرتنيها ، فالقول قول المالك ؛ فن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال في الدابة : القول قول الراكب ، وقال في الارض القول قول المالك لان العادة أن الدواب تعار ، فالظاهر فيها مع الراكب والعادة في الارض أنها تكرى ولا تعار ؛ فالظاهر فيها مع المالك ، ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما الى الاخرى وجعلهما على قولين ، وهو اختيار المزني (أحدهما) أن القول قول المالك ، لأن المنافع كالاعيان في الملك والعقد عليها ، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك بعتكها . وقال الآخر بل وهبتنيها . كان القول قول المالك . فكذلك اذا اختلفا في المنافع

(والثانى) أن القول قول المتصرف ، لأن المالك أقر بالمنافع له ، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضا لم يقبل قوله ، فان قلنا : ان القول قول المالك حلف ووجبت له الأجرة وفى قدر الاجرة وجهان .

أحدهما : يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها .

والثانى : أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا فى قدرها وجبت أجرة المثل فلأن تجب أجرة المثل وقد اختلفا فى الاجرة أولى فان نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لان اليمين انما ترد لمستحق بها حق والمتصرف لا يدعى حقا فلم ترد عليه .

(وان قلنا) ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الاجرة ، فإن نكل رد اليمين على المالك — فاذا حلف — استحق المسمى وجها واحداً لان يمينه بعد النكول كالبينة فى أحد القولين وكالإقرار فى الآخر وأيهما كان وجب المسمى ، وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا (فإن قلنا) ان القول قول المالك حكم له بالاجرة (وان قلنا) القول قول الراكب ، فهل يلزمه أقل الأمرين من الاجرة أو القيمه ، فيه وجهان ، أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه . والثانى لا يحكم له بشىء لانه لا يدعى القيمة ولا يستحق الاجرة .

(فصل) وان قال المالك : غصبتنيها فعليك الاجرة ، وقال المتصرف : بل أعرتنيها فلا أجرة على ، فان المزنى نقل أن القول قول المستعير ، واختلف أصحابنا فيه ؛ فنهم من قال المسئلة على طريقين كما ذكرنا فى المسئلة قبلها . أحدهما الفرق بين الارض والدابة . والثانى : أنهما على قولين لان الخلاف فى المسئلتين جميعا فى وجوب الاجرة ، والمالك يدعى وجوبها ، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا فى الطريقين .

ومنهم من قال : ان القول قول المالك ، وما نقل المزنى غلط . لان فى تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع . فلا يقبل قوله فى دعوى العوض ، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والاصل أنها للمالك .

(فصل) وان اختلفا فقال المالك : أعرتكها ، وقال الراكب بل أجرتنيها

فالقول قول المالك لأنهما اتفقا أن الملك له ، واختلفا فى صفة انتقال اليد ، فكان القول قول المالك ، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ . وان كانت تالفة نظرت . فان لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة ، وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعى القيمة والراكب يقر له بالأجرة . فان كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئاً حتى يحلف ، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يستحق من غير يمين ، لأنهما متفقان على استحقاقه .

(والثانى) لا يستحق من غير يمين ، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعى القيمة بحكم العارية ، والراكب منكر ؛ فلم يستحق من غير يمين .

(فصل) وإن اختلفا فقال المالك : غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب : بل أجرتنيها فلا يلزمنى ضمانها ، ولا أجرة مثلها . فالقول قول المالك مع يمينه ، لان الاصل أنه ما أجره ، فإن اختلفا — وقد تلفت العين — حلف واستحق القيمة ، وان بقيت فى يد الراكب مدة ثم اختلفا ، فإن المالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فان كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف ، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين ، لانهما متفقان على استحقاقه ، والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعى فى العارية من الام : ولو قال رب الدابة أكريتها إلى موضع كذا بكذا ، وقال الراكب بل عارية كان القول قول الراكب مع يمينه ، ولو قال . أعرتنيها ، وقال ربها غصبتها كان القول قول المستعير ، قال المزنى هذا عندى خلاف أصله ، لأنه يجعل من سكن دار رجل كمن تعدى على سلعة فأتلفها فله قيمة السكن ، وقوله من أتلف شيئاً ضمن ، ومن ادعى البراءة لم يبرأ به ؛ وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول . فالفصل الاول وهو مذكور فى الام صورته فى رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا ، فقال المالك أجرتكها فلى الاجرة ، وقال الراكب أعرتنيها ، فليس لك أجرة ، فالذى نص عليه الشافعى فى كتاب العارية أن القول قول الراكب . فاختلف أصحابنا

لاختلاف هـــذا الجواب ، فكان أبو إسحاق المروزى وأبو على بن أبي هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحـدة من المسألتين إلى الآخر ، ويخرجونها على قولين (أحدهما) وهو اختيار المزنى والربيع أن القول قول المـالك فى الدابة والأرض على ما نص عليه فى المزارعة وله الاجرة ، ووجهته ما ذكره المزنى ، وهو أن المنافع مملوك تصح المعاوضة عليها كالاعيان ، ثم ثبت أنهما لو اختلفا فى العين بعد استهلاكها ، فقال ربها : بعتها عليك ، وقال المستهلك بل وهبتنيها ، فان القول قول المالك دون المتلف وله الاجرة .

(والقول الثانى) أن القول قول الراكب فى الدابة والزارع فى الارض معاً على ما نص عليه فى العارية ولا أجرة عليه ، ووجهه أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع لنفسه إما بعارية أو إجارة ، ومن ادعى ثبوت عوض على غيره فى استهلاك منافعه لم يقبل منه ، وخالف استهلاك العـين التى قد اتفقا عليها أنها مالك اربها دون مستهلكها ، وفى هذا انفصال عما ذكره المزنى توجيها .

وقال أبو العباس بن سريج . ليس ذلك على اختلاف قولين وإنما الجواب على ظاهره فى الموضعين فيكون القول فى الدابة قول راكبها وفى الارض قول مالكها اعتباراً بالعرف فيها ، لأن العـادة فى الدواب جارية باعارتها ، فكانت العادة شاهدة لراكبها ، والعادة جارية فى الارض بالإجارة فكانت العادة شاهدة لمالكها ، وهذه طريقة أبي العباس فى اعتبار العرف والعادة فيها ، وليست مذهبا للشافعى لان من يؤجر قد يعير ، ومن يعير قد يؤجر .

فاذا تقرر ما وصفنا فان قلنا : إن القول قول رب الدابة والارض فمع يمينه فاذا تلف فله الاجرة ، وفيها وجهان :

(أحدهما) أنه القدر الذى سماه ، لانه قد جعل القول قوله فيه .

(والوجه الثانى) وهو أصح أن له أجرة المثل لأنهما لو اختلفا فى الأجرة مع اتفاقهما على الاجارة لم يقبل قول المؤجر فيهـا ، فأولى أن لا يقبل قوله مع اختلافهما فيها ، فان نكل المـالك عن اليمين لم ترد على المتصرف المستعير ، لأن ردها لا يفيد ، لان الاجرة ساقطه عنه لنكول المالك . وإن قلنا إن القول قول

الراكب مع يمينه ، فان حلف برىء من الأجرة ورد الدابة ، وإن نـكل ردت اليمين على المالك ليستحق بها ما ادعاه من الأجرة ، فإذا حلف فله المسمى وجها واحداً ، لأن يمينه بعد النكول ، إما أن تجرى مجرى البينة أو الإقرار وأيهما كان فيوجب الحكم بالمسمى .

فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا فالمالك يدعى الأجرة دون القيمة ، والراكب يقر بالقيمة دون الاجرة — فان قلنا : إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة لأنه لا يدعيها . وإن قلنا : إن القول قول الراكب فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يحكم له به لاتفاقهما على استحقاقه .

(والوجه الثانى) لا يحكم له بشىء فيهما لانه لايدعى القيمة ولايستحق الاجرة

والفصل الثانى وهو أن يقول المالك غصبتها ويقول الآخر بل أعرتنيها ، فهذا الاختلاف مؤثر فى الاجرة دون القيمة ، لان العارية مضمونه كالغصب وأجرة العارية غير مضمونه بخلاف الغصب ، فان كان هذا قبل الركوب سقط تأثير هذا الاختلاف ، وإن كان بعد الركوب فالذى نقله المزنى ههنا أن القول قول المستعير فاختلف أصحابنا فكان أبو على بن أبى هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الاولى لاشتراكهما فى العله ، ويجعل قول المزنى ههنا أحد القولين .

وذهب آخرون من أصحابنا إلى أن القول فى هذه المسألة قول المالك قولا واحداً ، والفرق بين هذه المسألة والتى قبلها أن فى اختلافهما فى العاريه والاجارة اتفاقا على أن الراكب مالك للمنفعه ، فجاز أن لا يقبل قول المالك فى الاجرة ، ولم يتفقا على مثل ذلك فى هذه المسألة ، لان المالك يقول : أتلفت أيها الراكب منفعتى بغير حق ، والراكب يقول : أتلفتها مستعيرا بحق ، فلم يصدق .

فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزنى بجوابين (أحدهما) أن ذلك خطأ من المزنى فى نقله وسهوه (والثانى) تسليم الراوية واستعمالها على أحد تأويلين إما على : القول قول المستعير فى قدر الاجرة ، وإما على : أن القول قول المستعير فى أن لا يلزمه

الضمان إلا فى العارية دون الغصب ، وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب ، فعلى هذا لو تلفت الدابه ضمن قيمتها وكانت الاجرة على ما مضى

والفصل الثالث أن يقول رب الدابة : أعرتكها ، ويقول الراكب : استأجرتها فتأثير هذا الاختلاف من وجهين .

(أحدهما) فى ضمان رقبتها ، لان العاريه مضمونه والمؤاجرة غير مضمونه فان كانت الدابه باقية سقط هذا الاختلاف ،

(والثانى) لزوم ركوبها تلك المدة ، فان كانت الدابه تالفه أو المدة منقضيه سقط تأثير هذا الاختلاف ، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها لأن الراكب يدعى عليه عقدا فى إجارتها ، فان كانت الدابه قائمة أخذها ولا أجرة له ، لأن الراكب وإن أقر بها فالمالك لا يدعيها ، وان كانت الدابة تالفه كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لانها تالفه فى يده وهو يدعى بالإجارة استئمانا فلم تقبل دعواه ، ولزمه غرم القيمه ، فان لم يكن لمدة الركوب أجرة لم يكن للمالك القيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أعارها ، إلا أن تنقضى فيحلف بالله تعالى لقد أعارها ولا يحلف ما أجرها لانقضاء زمن الإجارة وإن كان لمدة الركوب أجرة هى بقدر القيمة فصاعدا فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا : على وجهين ،

(أحدهما) لا يمين عليه ، لأن الراكب مقر له أجرة ، والمالك يدعيها قيمة فصارا متفقين على استحقاقه . وإن اختلفا فى جنسه فسقطت اليمين فيه .

(والوجه الثانى) عليه اليمين لانه قد أسقط حقه من الاجرة فلم يؤثر إقرار الراكب بها وهو يدعى القيمة . والراكب منكر لها . فاذا حكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل فلا يثبت إلا باليمين .

والفصل الرابع : أن يقول المالك غصبتنيها . ويقول الراكب : أجرتنيها : فتأثير هذا الاختلاف من وجهين (أحدهما) فى ضمان الرقبه . لأن المغصوب مضمون والمؤجر غير مضمون . فان كانت العين باقيه سقط تأثير هذا الاختلاف

والثانى فى لزوم المدة ، فإن كانت المدة قد انقضت أو الدابة قد هلكت سقط تأثير هذا الاختلاف . واذا كان كذلك فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره ويصير الراكب ضامنا للدابه والأجرة . فيأخذ بالمالك من غير يمين الا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذى أقر به الراكب . فلا يستحق الزيادة الا بيمين . وأما القيمة فلا يستحقها الا بيمين . والله أعلم بالصواب . وهو حسبي ونعم الوكيل .

والى ما ذهبنا اليه قال أحمد وأصحابه :

قال ابن قدامه : وان قال المالك : غصبتنيها . وقال الراكب أجرتنيها فالاختلاف هنا فى وجوب القيمه ؛ لأن الأجر يجب فى الموضعين ، الا أن يختلف المسمى وأجر المثل ، والقول قول المالك مع يمينه ، فان كانت الدابة تالفه عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها ، وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر ، والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه ؛ وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى . وفى اليمين وجهان . وان كان زائدا على المسمى لم يستحقه الا بيمين وجها واحداً والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الغصب

الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا . وروى أبو حميد الساعدى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه »

(فصل) ومن غصب مال غيره . وهو من أهل الضمان فى حقه ضمنه ، لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « على اليد ما أخذت حتى ترده »

(فصل) فان كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام فى يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة ، لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة ، فضمن بالغصب كالأعيان .

(فصل) فإن كان المغصوب باقياً لزمه رده ، لما روى عبد الله بن السائب ابن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً أو جاداً ، فاذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها » فان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين الرد لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته

وقال أبو ثور من أصحابنا : يضمن كما يضمن زيادة العين ، وهذا خطأ ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب . والقيمة لا تدخل فى الغصب ، لأنه لا حق للمغصوب منه فى القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه فى العين . والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء

(فصل) وإن تلف فى يد الغاصب أو أتلفه لم يخل إما أن يكون له مثل أو لا مثل له ، فان لم يكن له مثل نظرت ، فان كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ضمنه بالقيمة . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركا له فى عبد فان كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه . وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق

فأوجب القيمة فى العبد بالاتلاف بالعتق ، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة

لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد فى القيمة ، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه وان اختلفت قيمته من حين الغصب الى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب فى الحال التى زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها ، كالحالة التى غصبه فيها ، وتجب القيمة من نقد البلد الذى تلفت العين فيه ، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده ، وان كان من جنس الأثمان نظرت : فان لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة ، فان كان نقد البلد من غير جنسه ، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ضمن بالقيمة ، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدى الى الربا . فضمن بالقيمة كما قلنا فى غير الأثمان ، وان كان نقد البلد من جنسه واذا قوّم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدى الى الربا ، وان كانت فيه صنعة نظرت ، فان كانت صنعة محرمة ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة ، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها ، وان كانت صنعة مباحة فان كان النقد من غير جنسه أو من جنسه ، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته ، لأنه لا يؤدى الى الربا ،

وان كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان

(أحدهما) يقوّم بجنس آخر حتى لا يؤدى الى الربا

(والثانى) أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت ، وهو الصحيح ، لأن الزيادة على الوزن فى مقابلة الصنعه فلا تؤدى الى الربا ، وان كان مخلوطا من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما

(فصل) وان كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل ، لأن ايجاب المثل رجوع الى المشاهدة والقطع ، وايجاب القيمة رجوع الى الاجتهاد والظن فاذا أمكن الرجوع الى القطع لم يرجع الى الاجتهاد ، كما لا يجوز الرجوع الى القياس مع النص .

وان غصب ما له مثل واتخذ منه ما لا مثل له ، كالتمر اذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة اذا جعلها دقيقا . وقلنا انه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل . لأن المثل أقرب الى المغصوب من القيمه . وان غصب ما لا مثل له واتخذ منه ما له مثل كالرطب اذا جعله تمرا ثم تلف لزمه مثل التمر ، لأن المثل أقرب اليه من قيمة

الأصل، وإن غصب ما له مثل واتخذمنه ما له مثل كالسمسم إذا عصرمنه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم ، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن ، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين ، فرجع بما شاء منهما .

وإن وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال تجب قيمته وقت المحاكمة ، لأن الواجب هو المثل ، وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم . ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل ، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف . ومنهم من قال تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب الى وقت الحكم . لأن الواجب فى الذمة هو المثل الى وقت الحكم ، كما أن الواجب فى المغصوب رد العين إلى وقت التلف ، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ، فيجب أن يعتبر فى المثل أكثر ما كانت قيمته الى وقت الحكم . ومنهم من قال : إن كان ذلك مما يكون فى وقت وينقطع فى وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع ، لأنه بالانقطاع يسقط المثل وتجب القيمة . وان كان مما لا ينقطع عن أيدى الناس وانما يتعذر فى موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل الى القيمة الا بالحكم .

وان وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين

(أحدهما) لا يلزمه المثل لأن وجود الشىء بأكثر من ثمن المثل كعدمه ، كما قلنا فى الماء فى الوضوء والرقبة فى الكفارة

(والثانى) يلزمه ، لأن المثل كالعين ؛ ولو احتاج فى رد العين الى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل .

(الشرح) الغصب ومادته من غصبه غصبا من باب ضرب ، واغتصبه أخذه قهراً وظلما فهو غاصب ، والجمع غصاب ككافر وكفار ، ويتعدى الى مفعولين . فيقال : غصبته ماله ، وقد تزاد من فى المفعول الاول فيقال : غصبت منه ماله ، فزيدٌ مغصوب ماله ، ومغصوب منه ماله ، ويبنى للمفعول فيقال : اغتُصبت

لما لم يسم فاعله — المرأة نفسها — بالنصب على المفعولية ، وربما قيل : على نفسها يضمن الفعل معنى غلبت ، والشيء مغصوب وغصب تسمية بالمصدر

وعند الفقهاء الاستيلاء على مال غيره بغير حق ، وحكمه أنه محرم بالكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)

وأما السنة : فقد أخرج أحمد والبخارى عن أبى بكرة ولفظه « خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فقال : أتدرون أى يوم هذا؟ قلنا : الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليس يوم النحر ؟ قلنا بلى . قال أى شهر هذا . قلنا الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه ، فقال أليس ذا الحجة . قلنا بلى . قال أى بلد هذا . قلنا الله ورسوله أعلم . فسكت حتى ظننا أنه سيسميه بغير اسمه فقال : أليست البلدة الحرام . قلنا بلى . قال : فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا الى يوم تلقون ربكم ، ألا هل بلغت . قالوا نعم . قال اللهم اشهد فليبلغ الشاهد منكم الغائب ، فرب مبلغ أوعى من سامع ، فلا ترجعوا بعدى كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض »

ورواه البخارى من حديث ابن عباس وفيه « قالوا يوم حرام » وقالوا « شهر حرام » و « بلد حرام »

وعند البخارى أيضا من حديث ابن عمر بنحو حديث أبى بكرة الا أنه ليس فيه قوله « فسكت » فى المواضع الثلاثة

وقد جمع بعضهم بين الاحاديث بتعدد الواقعة ، ورد ذلك الحافظ بن حجر فى الفتح فقال وليس بشيء لأن الخطبة يوم النحر انما تشرع مرة واحدة ، وقد قال فى كل منها ان ذلك كان يوم النحر

وأشار الكرمانى إلى فخامة حديث أبى بكرة بما ليس فى الروايات الأخرى ، وقد رواه مسلم وغيره من حديث جابر بن عبد الله فى وصف حجة النبى صلى الله عليه وسلم وهى رواية مشهورة مرت فى كتاب الحج ، وقد رأيت الحديث فى كتاب دعائم الإسلام للقاضى أبى حنيفة النعمان بن محمد بن حيّون التميمى من قضاة المعز لدين الله الفاطمى قال : روينا عن جعفر بن محمد بن على عن أبيه عن آبائه عن على عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم النحر بمنى فى حجة الوداع وهو على ناقته القصواء فقال « أيها الناس ، إنى خشيت ألا ألقاكم بعد موقفى هذا بعد عامى هذا ، فاسمعوا ما أقول لكم وانتفعوا به ، ثم قال أى يوم أعظم حرمة ؟ قالوا : هذا اليوم يا رسول الله . قال : فأى الشهور أعظم عند الله حرمة ، قالوا : هذا الشهر يا رسول الله . قال : فأى بلد أعظم حرمة . قالوا : هذا البلد يا رسول الله ، قال : فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا ، فى بلدكم هذا ، إلى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم ، ألا هل بلغت ، قالوا : نعم ، قال : اللهم اشهد » اهـ من كتاب الغصب والتعدى ج ٢ ص ٤٨٤ .

ومن السنة أيضاً حديث أبى حميد الساعدى الذى ساقه المصنف مر بك تخريجه فى كتاب الصلح وغيره من أسفار المجموع ، وقد أخرجه الدارقطنى وغيره .

ومن السنة أيضاً ما أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين » ورواه الشيخان أيضاً من حديث عائشة . ورواه أحمد عن أبى هريرة ، ورواه أحمد والبخارى عن ابن عمر . ورواه ابن حبان وابن أبى شيبة وأبو يعلى عن يعلى بن مرة . وأبو بكرة — هو نفيع بن الحارث — أو ابن مسروح الثقفى ، وأم أبى بكرة سمية جارية الحارث بن كلدة وهى أم زياد بن أبيه ، وكان أبو بكرة يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويأبى أن ينتسب إلى أحد ، وكان قد نزل يوم الطائف إلى رسول الله (ص) من حصن الطائف ، فأسلم فى غلمان من غلمان أهل الطائف فأعتقهم رسول الله (ص)

فكان يقول : أنا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد عد فى مواليه ، قال أحمد بن زهير : سمعت يحيى بن معين يقول : أملى على هوذة بن خليفة البكراوى نسبة إلى أبى بكرة ، فلما بلغ إلى أبى بكرة ، قلت : ابن من ، قال . دع لا تزده ، وكان أبو بكرة يقول : أنا من إخوانكم فى الدين .

وأجمع المسلمون على تحريم الغصب فى الجملة ، وإنما اختلفوا فى فروع منه ، فإذا ثبت هذا فإن من غصب شيئا لزمه رده لحديث سمرة بن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « على اليد ما أخذت حتى ترده » رواه الحسن البصرى عن سمرة ، وسماع الحسن من سمرة فيه خلاف مشهور : وقد أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والحاكم فى المستدرك . وحديث السائب بن يزيد عند أحمد وأبى داود والترمذى وقال : حسن غريب وقال : لا نعرفه إلا من حديث ابن أبى ذئب .

وقال الشافعى : إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا صغيراً أو كبيراً فأخذ ما بين طرفيه طولا وعرضا أو كسر له شيئا صغيراً أو كبيراً أو رضخه أو جنى له على مملوك فأعماه فذلك كله سواء ، ويقوم المتاع والحيوان غير الرقيق صحيحا ومكسورا أو صحيحا ومجروحا قد برىء من جرحه ثم يعطى مالكه ما بين القيمتين ويكون ما بقى بعد الجناية لصاحبه نفعه أو لم ينفعه .

وقد عرف الماوردى الغصب بأدق ما رأيت تعريفا قال « الغصب هو منع الانسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق » ومن ثم يكمل الغصب بالمنع والتصرف ، فان منع ولم يتصرف كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا وتعلق به ضمان لأنه تعد على الملك دون المالك ، فاذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان سواء نقل المغصوب عن محله أم لا .

وقال أبو حنيفة : لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل ، فان كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن استدلالا بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف ، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجبا لغصب ماله ،

ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل . وتحريره قياساً أن كل مالم يصر به المال مسروقا لم يصر به مغصوباً كالمنع والإحالة ؛ دليله ما روى عطاء بن يسار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أعظم الغلول عند الله أن يأخذ الرجل من أرض غيره إلى أرض نفسه » فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم قوله « لعن الله سارق المنار ، قيل : وما سارق المنار ، قال : أن يأخذ الرجل العلامة من أرضه إلى أرض غيره » فجعل ذلك سرقة ، وقوله صلى الله عليه وسلم « ملعون من لعن أباه ، ملعون من لعن أمه ، ملعون من غير تخوم الأرض » وفي تخوم الأرض تأويلان .

أحدهما : علماؤها ، والثاني : حدودها وأعلامها وما ضمن بالقبض في العقود ضمن بالتصرف في العقود كالمحول والمنقول ، ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود ، ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية . فأما الجواب بأن مالم ينقل مختص بالمنع كالحبس فهو أن المحبوس عن ماله حصل التعدي عليه دون ماله فلم يصر المال مغصوبا ، وخالف مالو تصرف فيه ، مع اشتهار القول عرفا أن فلانا غصب دارا أو أرضا .

وأما الجواب عن المسروق فهو أن القطع فيها يعتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقا يقطع ويخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال ، ألا ترى أنه لا يقال : سرق دارا ، ويقال : غصب دارا ، فإذا تقرر ما بينا فالمغصوب على ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون باقيا (والثاني) أن يكون تالفا (والثالث) أن يكون ناقصا ، وفي هذه الفصول التي سقناها للمصنف حالان منها .

فإن كان باقيا بحاله ارتجعه المالك منه ، فإن ضعف عن ارتجاعه فعلى والي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام والدراهم والدنانير فقد برىء بعد رده من حكم الغصب ، وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق

أو أرخصت الأسعار أم لا ، لان بقاء العين لايعتبر فيه نقص السوق ، وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات وسيارات الركوب (التاكسى) وأقمشة الصواوين والسرادقات وأخشاب المقاولين وآلات المعمار والدراجات والالات الكاتبة والالات الحاسبة والمكرفون وما إلى ذلك فعليه رد العين مع أجره المثل ان كان لمثل زمان الغصب أجرة عرفا ، وعليه مؤونة الرد إن كان له مؤونة .

وأما الحال الثانية : وهو أن يكون المغصوب تالفا فهو مضمون عليه ، سواء تلف بفعله أو بغير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم : على اليد ما أخذت حتى ترده ثم هو على ضربين .

(أحدهما) أن يكون له مثل كالذى تتساوى أجزاؤه من الحبوب والادهان والدراهم والدنانير فعليه رد مثله جنسا ونوعا وصفة وقدرا ؛ لأن مثل الشيء أحصر به بدلا من القيمة ، لأنه مثل فى الشرع واللغة ، والقيمة مثل فى الشرع دون اللغة ، فإن طلب أحدهما القيمة لم يجب اليها سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه ، لانها غير المستحق ، فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل ففى جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب (والثانى) أن لا يكون له مثل كالذى تختلف أجزاؤه من الثياب والجوهر فعليه ثمنه فى أكثر أحواله ، فثمنه من وقت الغصب إلى وقت التلف ، وبه قال جمهور الفقهاء .

وقال عبيد الله بن الحسن العنبرى وأحمد بن حنبل : عليه مثله من جنسه وعلى صفته استدلالا برواية العامرى عن أنس فى رواية الترمذى ، وعند الجماعة بمعناه إلا مسلما ، وعن عائشة فى رواية أحمد وأبى داود والنسائى ، قالت عائشة : ما رأيت صانعة طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فبعثت به إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى إناء فما ملكت نفسى أن كسرته ، فقلت : يا رسول الله ما كفارته ، قال : إناء مثل إناء وطعام كطعام ، وما روى أن عثمان رضى الله عنه أتاه رجل فقال : ياأمير المؤمنين إن بنى عمك سعوا على إبلى فاحتلبوا ألبانها وأكلوا فصلانها ، فقال عثمان : نعطيك إبلا مثل ابلك ،

وفصلانا مثل فصلانك ، فقال عبد الله بن مسعود : وقد رأيت يا أمير المؤمنين أن يكون ذلك من الوادى الذى جنى فيه بنو عمك ، فقال عثمان . نعم .

ودليلنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال . من أعتق شركا له فى عبد قوم عليه ان كان موسرا فأوجب قيمة الحصة ، ولم يوجب مثل تلك الحصة ولانه لما كانت أجزاؤه مضمونة القيمة دون المثل ، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته ، ومن حرق ثوبا لم يحرق ثوبه ، وجب أن يكون فى استهلاك العين بمثابته ، ولان ما تختلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثله ، ولا يخلو من أن يكون زائدا يظلم به الغاصب ، أو ناقصا يظلم به المغصوب ، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين ، فأما الجواب عن قوله اناء مثل الإناء وطعام مثل طعام فهو أن القيمة مثل فى الشرع ، قال تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين » فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلا وأما خبر عثمان فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره من بنى عمه .

(فرع) اذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل فلا يخلو أن يكون من جنس الاثمان كالثياب والحيوان فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب الى حين التلف فى سوقه وبلده، فإن قيل لمَ لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين وضمن نقص السوق مع تلف العين ، قيل لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين ولم يفوتها عليه مع بقاء العين . وان كان من جنس الأثمان فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح الاستعمال كالحلى ففي كيفية ضمانه وجهان .

(أحدهما) يضمن قيمته مصوغا من غير جنسه ، ان كان من الذهب ضمن قيمته فضه ، وان كان من الفضه ضمن قيمته ذهبا .

(والوجه الثانى) أنه يضمن بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته ، مثل أن يكون وزن مائة جرام من ذهب وهو مصوغ فيضمن بمائة جرام ذهبا وبأجرة صياغته ، وهل تجوز أن تكون الأجرة ذهبا ، أم لا ، على وجهين (أحدهما) لا يجوز حتى تكون ورقا لئلا تفضى الى الربا ، والتفاضل فى الذهب بالذهب .

والوجه الثانى وهو الأصح ، لأنه بدل من الصياغة والعمل الذى لا يدخله الربا ، ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقا ، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم ، كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار .

والضرب الثانى : أن يكون محظور الاستعمال كالأوانى ، فنى ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين فى إباحة ادخارها (أحدهما) ان ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة لأنها معصية لا تقر فلم تضمن ، كصنعة الطنبور والمزمار والعود والبيانة لا تضمن صنعتها إذا نقضت أوتارها أو تلفت أزرارها لأنه لا يضمن النقص فى الإيقاع .

والوجه الثانى : أن ادخارها مباح وصياغتها مضمونة ، فعلى هذا فى كيفية ضمانها وجهان على ما مضى .

(فرع) إذا غصب منه تمراً فجعله دبساً (عجوة) أو سمسما فعصره شيرجا ، أو زيتوناً فاعتصره زيتاً فللمغصوب أن يأخذ ذلك كله ويرجع بالنقص إن حدث فيه ، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب من أحد أمرين ، إما أن يكون له مثل أو مما لا مثل له ، فان كان مما لا مثل له كالعجوة (التمر اللصيق) وكان يكنز بالبصرة قديماً وحديثا ، وعندنا فى ديارنا يصنع مثله فى واحة سيوه ، رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه غير ماله ؛ ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره ، لأن أجزاء المغصوب أخص به من قيمته ، وإن كان مما له مثل كالسمسم فعلى وجهين

(أحدهما) أنه بمثابة مالا مثل له فى استرجاع ما استخرج منه . والثانى أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه

الأمر الثانى : وهو على أربعة أضرب (الأول) أن يكون له مثل والمستخرج منه مما ليس له مثل ؛ كالحنطة إذا طحنها فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة ولا يرجع بقيمة الدقيق ، لأن مثل ذى المثل أولى من قيمته . فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها دقيقا على قيمتها حبا استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة فى الدقيق كما لو غصب دابة فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن ضمن نقص السمن الحادث فى يده

مع بقاء العين ، فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى . والضرب الثانى : أن يكون الأصل مما ليس له مثل . والمستخرج منه مما له مثل . كالزيتون إذا اعتصره زيتا ، لأن للزيت مثلا وليس للزيتون مثل فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج وبنقص ان حدث فى الزيتون ، لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الاصل لتقديم المثل على القيمه

والضرب الثالث : أن يكون الاصل مما له مثل والمستخرج منه مما له مثل ، كالسمسم اذا اعتصره شيرجا ، لأن لكل واحد من السمسم والشيرج مثلا فيكون للمغصوب منه الخيار فى الرجوع بمثل أيهما شاء من السمسم أو الشيرج لثبوت ملكه على كل واحد منها ، فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمنا من الشيرج فأراد نقصه لم يجز . وقيل له ان رضيت به وإلا فاعدل عنه الى الشيرج ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك ولكل حقك مثل ، فلا معنى لأخذ الاصل مع الارش مع استحقاقك لمثل لا يدخله الارش

والضرب الرابع أن يكون مما لا مثل له والمستخرج منه لا مثل له كالدبس (العجوة) اذا استخرج دبسه بالماء ، فكل واحد من التمر والدبس غير ذى مثل فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطه والدقيق ، ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمرا أو دبسا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدا فأبق ، أو بهيمه فضلت ، كان للمغصوب منه المطالبه بالقيمه لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف ، وإذا قبض البدل ملكه ، لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف ، ولا يملك الغاصب المغصوب ، لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتالف ، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك . وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمه الى أن رده ، فيه وجهان (أحدهما) لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته (والثانى) تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان فى يد الغاصب فلزمه ضمانها ، كما لو لم يدفع

القيمة . وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل ، لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد ، وإن زاد البدل فى يده نظرت ، فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لان الزيادة المتصلة تتبع الاصل فى الفسخ بالعيب . وهذا فسخ . وان كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد فى الفسخ بالعيب .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعى رضى الله عنه : ولو غصب دابة فضاعت فادعى قيمتها ثم ظهرت ردت عليه ورد ما قبض من قيمتها لأنه أخذ قيمتها على أنها فائتة فكأن الفوت قد بطل لما وجدت ، ولو كان هذا بيعا ما جاز أن تباع دابته عليه ، كمين جنى عليها فابيضت ، أو على سن صبى فانقلعت ، فأخذ أرشها بعد أن يئس منها ثم ذهب البياض ونبتت السن ، فلما عاد أرجع حقها وبطل الارش بذلك فيهما . وهذا كما قال : إذا غصب عبداً فابق أو بعيراً فشرد أو فرسا فعاد فهذا على ضربين

(أحدهما) أن يكون ذلك ممكنا ومكانه معروفا ، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤونة فى رده ، ولو كانت أضعاف قيمته ، كما يؤخذ بهدم بنائه ، وان كان أكثر من قيمة الارض المغصوبة أضعافا ، فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر رجلا لطلبها فاستأجر رجلا ، وجبت أجرته على الغاصب ، ولو طلب المالك بنفسه لم يستحق على الغاصب أجرة لطلبها ، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعا بطلبه .

فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة ففيه وجهان . أحدهما أن الاجارة غير جائزة وله الاجرة المسماة ، لانه مالك لمنافع نفسه فملك المعاوضة عليها ، والوجه الثانى أن الاجارة باطلة ولا أجرة له لانه لا يصح أن يعمل فى ماله بعوض على غيره . فإذا حصل منهما عدول عن طلب المغصوب الى أخذ قيمته فهذا على ثلاثة أقسام

(أحدها) أن يبذلها الغاصب ويمتنع المغصوب منه . والقسم الثانى : أن يطالبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب . والقسم الثالث أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب

فأما القسم الأول وهو أن يبذل الغاصب قيمة المغصوب ويطالب المغصوب منه بغصبه ويمتنع من أخذ قيمته فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مئونته، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه

وأما القسم الثاني وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة غصبه ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد الغصب بعينه فينظر: فإن كانت الغصب على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير فالقول قول الغاصب ولا يجبر على بذل القيمة، لأن الشيء المغصوب مقدور عليه.

وإن كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل فالقول قول المغصوب منه ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليعجل ما استحقه عاجلا، فإذا أخذ القيمة وملكها ملكا مستقراً وملك الغاصب الغصب ملكا صريحاً فليس للمغصوب منه أن يسترده، لأنه وإن ملكه بالخيار ابتداء فلم يملكه انتهاء، والغاصب وإن لم يملكه بالخيار ابتداء فقد ملكه انتهاء، وقد استقر ملكه عليه؛

الضرب الثاني: وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد فإذا أخذها المغصوب منه ففي استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا (أحدهما) أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد

والوجه الثاني: لا، لجواز القدرة على الرد، فإن وجد الشيء المغصوب بعد أخذ قيمته فقد اختلفوا في حكمه، فذهب الشافعي ومالك إلى أنه باق على ملك المغصوب منه يأخذه ويرد ما أخذ من قيمته.

وقال أبو حنيفة: يكون المغصوب ملكا للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته، فإن كانا قد تكاذبا وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها كان المغصوب منه أحق بالغصب حينئذ استدلالا بأن البدل إذا كان في مقابلة المبدل كان استحقاق البدل موجبا لتملك المبدل، كالبيع والنكاح لما استحق على المشترى الثمن تملك المثمن، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع. كذلك الغاصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب، ولأن الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الأصول وفي بقاء ملك المغصوب منه على الغصب بعد أخذ القيمة جمع بينه وبين بدله وذلك باطل، البائع لا يجوز له أن يجتمع له ملك

الثمن والمثمن ، والزوج لا يجوز أن يجتمع له ملك المهر والبضع ، ولأن ما أخذت قيمته المغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياسا على ما أمكن رده

ودليلنا قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك ، ولحديث سمرة مرفوعا « على اليد ما أخذت حتى ترده » فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها ، ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه

(فرع) إذا نما البدل في يد المغصوب منه فلا يخلو حال البدل من أن تكون الزيادة منفصلة أو غير منفصلة ، فإن كانت الزيادة منفصلة كالولد والبيض واللبن فلا ترد الزيادة . أما إذا كانت متصلة كالسمن ونحوه فإن البدل يرد مع الزيادة وهذا الحكم يختلف عنه في حالة زيادة المغصوب كما سيأتي .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن نقص المغصوب نقصانا تنقص به القيمة نظرت ، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصانا مستقرا أو غير مستقر ، فإن كان مستقرا بأن كان ثوبا فتخرق ، أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعاما فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص ؛ لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب ، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك

ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه : أن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب الى حقه من الدقيق ، والمذهب الاول ، لان عين ماله باقيه فلا يملك المطالبه ببدله كالثوب اذا تخرق والشاة اذا ذبحت

وإن كان نقصانا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد ، فقد قال في الأم « للمغصوب منه مثل مكيلته » وقال الربيع فيه قول آخر أنه يأخذه وأرش النقص ؛ فمن أصحابنا من قال هو على قولين (أحدهما) يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق (والثاني) أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده الى أن يتلف

فصار كالمستهلك . ومنهم من قال يأخذ مثل مكيلته قولا واحداً ولا يثبت ما قاله الربيع ، وإن كان فى الرقيق نظرت ، فإن لم يكن له أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنايات التى ليس لها أرش مقدر رده وأرش ما نقص ، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق ، وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد نظرت ، فان كان ذهب من غير جناية رده وما نقص من قيمته . ومن أصحابنا من قال يرده وما يجب بالجناية . والمذهب الأول ، لأن ضمان اليد ضمان المال . ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة فى النفس ، فلم يجب فيه أرش مقدر . وإن ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده ، فان قلنا إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية ، لأن اليد فى الجناية تضمن بنصف بدل النفس . وإن قلنا إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته ، لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضماناً . وإن غصب عبداً يساوى مائة ثم زادت قيمته فصار يساوى ألفاً ثم قطع يده لزمه خمسمائة ؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة ، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق .

(فصل) وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت ، فان كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة ، مثل أن غصب عبداً فقطع أنثييه ولم تنقص قيمته ، أو غصب صاعا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته ، لزمه فى الأنثيين قيمة العبد وفى الزيت نصف صاع ، لأن الواجب فى الانثيين مقدر بالقيمة . والواجب فى الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه مايقدر به . وان كان مانقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمه كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمه لم يلزمه شىء ، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمه شىء فلم يلزمه شىء . واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعا من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته ، فقال أبو على الطبرى : يلزمه نصف صاع كما قلنا فى الزيت

وقال أبو العباس : لا يلزمه شىء لأن نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبه

لا قيمة لها ، وأما حلاوته فهي باقيه لم تنقص، ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها .

(فصل) وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوبا تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف ، وهو قيمة نصف الثوب ، أكثر ما كانت من حين الغصب الى حين التلف ورد الباقي وأرش ما نقص ، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه ، فان كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقي درهمين ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه درهمان ، لأن الذى أتلفه قيمته درهمان (والثانى) تلزمه ثمانيه ، وهو المذهب ، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به ، فلزمه ضمانه

(فصل) فان غصب ثوباً فلبسه وأبلاه ، ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص ، لأن ما نقص من الاجزاء فى مقابلة الاجرة ، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الاجزاء (والثانى) تلزمه الاجرة وأرش ما نقص ، لأن الاجرة بدل المنافع ، والارش بدل الاجزاء ، فلم يدخل أحدهما فى الآخر ، كالاجرة وأرش ما نقص من السمن

(فصل) وان نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جاريه سمينه فهزلت ونقصت قيمتها ، ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان

(أحدهما) يسقط عنه الضمان ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض (والثانى) أنه لا يسقط ، وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، لأن السمن الثانى غير الاول فلا يسقط به ما وجب بالاول

وإن سمنت ثم هزلت ثم سمنت ثم هزلت ضمن أكثر السمنين قيمه ، فى قول أبى على بن أبى هريرة ، لان بعود السمن يسقط ما فى مقابلته من الارش ، ويضمن السمنين فى قول أبى سعيد — لان السمن الثانى غير الاول — فلزمه ضمانهما .

(فصل) وإن غصب عبداً لجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفى فى جنايته ، فان كانت الجناية على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان فى يده فان كان فى الطرف فأقيد منه ضمن وفى الذى يضمن وجهان (أحدهما) أرش العضو فى الجناية (والثانى) ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية لان القطع فى القصاص ليس بجناية وقد بينا الوجهين فيما تقدم فان عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لانه حق تعلق برقبته فى يده فلزمه تخليصه منه .

(الشرح) الأحكام : يشتمل هذا الفصل على الحال الثالثة من حالات المغصوب وهو أن يكون المغصوب ناقصاً فعلى ضربين .

أحدهما : أن يكون حيواناً . والثانى : أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين (أحدهما) أن يكون متميزا كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها ، فيكون ضامنا للنقص بالمثل إن كان ذا مثل ، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل ؛ ويرد الباقى بعينه ، سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله ، وهذا متفق عليه .

(والضرب الثانى) أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره أو رضضه ، فإن كان الناقص من أقل منافعه أخذه وما نقص من قيمته إجماعا فيقوم صحيحاً ، فإن قيل : مائة درهم قوم ممزقا أو مكسورا ، فإن قيل : ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقا أو مكسورا ويأخذ منه أربعين درهما ، وإن كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه فذهب الشافعى إلى أنه يأخذه ومانقص من قيمته حتى لو كان يساوى مائة درهم فصار بعد النقص يساوى درهما أخذه وتسعة وتسعين درهما ، وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . وقال مالك : يكون المالك مخيرا بين تسليمه الى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقصا ولا أرش له .

وقال أبو حنيفة . يكون المالك مخيرا بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه

وبين أن يسلمه الى الغاصب ويرجع بجميع قيمته ، واذا تمزق الثوب وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع القيمة غرم القيمة وملك المرضوض والممزق استدلالا بأن لا يصير جامعا بين البدل والمبدل ، قالوا ولان العين اذا ذهب أكثر منافعها صار الباقي منها ذاهب المنفعة فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ، ولأن الاقل تبع للأكثر فلما كان غارما لا كثر المنافع وجب أن يكون غارما لاقلها .

دليلنا . قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فإذا اعتدى باستهلاك بعضه لم يجز أن يقوى عليه باستهلاك كله ، ولان مالم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسا على النقص المتميز ، ولان مالم يكن تمييز بعضه موجبا لغرم جميعه لم يكن عدم تمييزه موجبا لغرم جميعه قياسا على النقص الاقل ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد كما نص عليه الماوردي في الحاوي .

فأما الجواب عن قولهم . انه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح ، لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي ، فلم يكن جمعا بين البدل والمبدل ، وأما الجواب عن قولهم . ان الاقل تبع الأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلا على وجوب الاقل تبعا لسقوط الضمان في الاكثر ، حتى لو أنه أتلف أقل المنافع لم يضمنها ، لأنه لم يضمن الأكثر فيها ، وهذا قول مردود عندنا ، فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه قليلا كان النقص أو كثيرا ، نفع الباقي منه أو لم ينفع نظر ، فإن كان من غير جنس الاثمان ضمن نقص قدر قيمته ، وان كان من جنس الاثمان فقد قال أبو حنيفة ليس له الرجوع بنقصه ، وهو بالخيار بين تسليمه الى الغاصب وأخذ قيمته كلها وبين امساكه ولا أرش ، لأن الأثمان مستحقة في الأرش ، فلم يجز أن يدخلها أرش ، وهذا خطأ لان كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه — ولم يجز مع امكان الأرش أن يكون جزءا ، واذا كان هذا ضامنا ففي كيفية ضمانه وجهان على مامضى .

(أحدهما) يضمن اجزاء صنفه لا غير .

(والثاني) يضمن قدر النقص من قيمته ذهبا ان كان من ورق وورقا ان كان من ذهب .

وان كان حيوانا فعلى ضربين (أحدهما) أن يكون بهيمة (والثانى) أن يكون آدميا ، فإن كان بهيمة — وهو محل اهتمامنا بالبحث دون الآخر — فإنه يردها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در .

وقال أبو حنيفة . ان كان حيوانا ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها كالبغال والحمير أو ذات در لا ظهر لها كالغنم ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا وان كان ينتفع بها من جهتين كظهر ودر كالابل ، وكذلك البقر والجاموس فانهما يعملان فى المحراث والساقية وجر العربات والعجلات والزحافات والنوارج كان فى احدى عينيه ربع قيمته ، وفى سائر أعضائه ما نقص استدلالا بما رواه عن عمر رضى الله عنه أنه حكم فى احدى عينى بقرة بربع قيمتها ، وقد رد الماوردى وغيره هذا الوجه ، لان مالم يضمن أعضاؤه بمقدر لم تضمن عينه قياساً على ذات الظهر ، ولان كل مالم يضمن بمقدر فى غير ذات الظهر لم يضمن بمقدر من ذات الظهر والدر ، قياسا على سائر الاعضاء ، وما روى عن عمر (رض) لا دليل فيه لانها قصه وافقت الحكومة فيها ربع القيمة .

وقال مالك اذا قطع ذنب حمار القاضى كان عليه جميع قيمته ، ولو كان لغير القاضى لزمه ما نقص من قيمته استدلالا بأن فى قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن فى الدين ، وحسبك بقبح هذا القول دليلا على فساده ، ولو جاز أنه يجب فى ذنب حماره جميع القيمه لوجب ذلك فى تحريق ثيابه والتعدى فى قماشه ولتضاعف الجنايه عليه على الجنايه على غيره ، ولكان كل ما اختص به زائدا فى الحكم على من سواه ، وفى اتفاق الجميع على أن القاضى وغيره سواء فى ضمان ما استهلك له أو جنى عليه وجب أن يكون وغيره على سواء فى الجنايه على حماره

(فرع) صورة من نقصت العين فى يده ثم زال النقص فهى كما قال الشافعى فى الام هكذا . ولو غصب جاريه تساوى مائه فزادت فى يده بتعليم وتهذيب وأنفق عليها من ماله حتى صارت تساوى ألفا ثم نقصت حتى صارت تساوى مائه فانه يأخذها وتسعمائه معها . قال الماوردى : وهذه المسألة مشتملة على فصلين :

(أحدهما) يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص (والثانى) أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد ، وتكلم عن الفصل الأول فصور المسألة فى أمة زادت ببره أو سمن أو تعليم قرآن فصارت تساوى ألفا ثم نقصت بنسيان أو هزال أو مرض حتى عادت لحالها لا تساوى إلا المائة ، فإنه يردها ومعها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة فى يده وقال أبو حنيفة : يردها ولا غرم عليه لنقص ما زاد فى يده استدلالا بأنه رد المغصوب كما أخذه . ولأن الزيادة فى يد الغاصب قد تكون زيادة فى السوق أو زيادة فى العين ، فلما كانت زيادة الرق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت ، وتحريره قياسا أنها زيادة حدثت فى يد الغاصب فوجب أن يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً وعلى تلف العين عكساً ، وكان ضمان الغصب إنما يستحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب . وإن صار تحت يده ، ألا ترى لو أن شاة دخلت داراً لرجل لم يضمنها . وان صارت تحت يده . وهكذا لو أطارت الريح ثوباً الى داره لحدوث ذلك بغير فعله ، وكذا الزيادة الحادثة فى يده

دليلنا : أنه نقص عين حدث فى يد الغاصب فوجب أن يكون مضموناً عليه قياساً على نقصها عن حال غصبها ، بأن يغصبها صحيحة فتمرض أو سمينة فتهزل ، ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها فكذلك [إن] لم يبعها

وفى ضمان النقص وجهان :

(أحدهما) وهو قول ابن أبى هريرة أنه غير مضمون على الغاصب استشهادا بقول الشافعى فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها ، ثم زال البياض أنه يرد ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحه ، فكذا الغاصب

والوجه الثانى : وهو قول أبى سعيد الاصطخرى ، والأشبه بأصول الشافعى أنه مضمون على الغاصب فيردها وتسعمائة معها كما نقلنا ذلك عن الشافعى فيما سبق . ووجهه أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان فى ذمته فما طرأ بعده من زيادة لحادث على ملك المغصوب منه ، فلم يجز أن يسقط به ما لزمه من الغرم وليس كبياض العين بالجناية لأنها مضمونة بالفعل ، والغصب مضمون باليد .

فعلى هذا يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت ضمن على قول أبى سعيد الاصطخرى قيمتها ونقصها مهما تكرر، ويتفرع على ذلك إذا غصبها وهى تساوى ألفاً فمرضت حتى صارت تساوى مائة ثم برأت حتى صارت قيمتها ألفاً ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة فعلى قول أبى على بن أبى هريرة ردها وتسعمائة نقص مرة واحدة، وعلى قول أبى سعيد ردها معها ألفاً وثمانمائة نقصها مرتين. وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة ضمن مائة نقص، فلو عادت بعد النقص الثانى الى البدء ثم ردها لم يلزمه على قول أبى على بن أبى هريرة شيء ولزمه على قول أبى سعيد نقصان. والله أعلم بالصواب

(فرع) قال الشافعى : إن كان ثوباً فأبلاه المشترى أخذه من المشترى وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وبين قيمته وقد أبلاه، ويرجع المشترى على الغاصب بالثمن الذى دفع. اه

وهذه المسألة تشتمل على : إما إبلاء الغاصب له وإما إبلاء المشترى، فالغاصب لا يخلو حاله فى الثوب الذى غصبه من أربعة أقسام (أحدها) أن لا يبلى فى يده ولا تمضى عليه مدة يكون لها أجرة، فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواه (والثانى) أن يكون قد بلى ولم تمض عليه مدة يكون لها أجرة، فهو يرده ويرد معه أرش البلى لا غير.

(والثالث) أن لا يبلى، لكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجرة، فهو يرده ويرد معه أجرة مثله لا غير

(والرابع) أن يبلى وتمضى عليه مدة يكون لها أجرة، فهل يجمع عليه بين الارش والاجرة أم لا؟ على وجهين (أحدهما) يجمع بينهما وتجبان عليه لاختلاف موجبها، لأن الأرش يجب باستهلاك الاجزاء والاجرة تجب باستهلاك المنفعة والوجه الثانى : أنهما يجتمعان عليه، ويجب عليه أكثر الأمرين من الارش والاجرة، لأن استهلاك الاجزاء فى مقابلة الاجرة، ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى، لأنه فى مقابلة ما قد ضمنه من الاجرة. ولكن لو كان المغصوب حيوانا فمضت عليه فى يد الغاصب مدة فهزل فيها بدنه وذهب فيها سمنه لزمته الاجرة مع أرش الهزال وجها واحداً. والفرق بينها وبين الثوب أن استعمال الثوب موجب لبلاه؛ وليس استخدام الحيوان موجبا لهزاله. والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصـل) واذا زاد المغصوب فى يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت ، أو جارية فسمنت أو ولدت ولداً مملوكا ، ثم تلف ، ضمن ذلك كله ، لأنه مال للمغصوب منه حصل فى يده بالغصب ، فضمنه بالتلف ، كالعين المغصوبة ، وان ألقت الجاريه الولد ميتا ففيه وجهان .

(أحـدهما) أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيا ، وهو ظاهر النص لانه غصبه بغصب الام فضمنه بالتلف كالام .

(والثانى) أنه لا يضمنه ، وهو قول أبى اسحاق ، لانه انما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له فى تلك الحـال فلم يضمن ، وحمل النص عليه اذا ألقته حيا ثم مات .

(فصل) وان غصب دراهم فاشترى سلعه فى الذمه ، ونقد الدراهم فى ثمنها وربح ، ففى الربح قولان ، قال فى القـديم : هو للمغصوب منه ، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد ، فعلى هذا يضمنه الغاصب اذا تلف فى يده كالثمرة والولد ، وقال فى الجديد : هو للغاصب لانه بدل ماله فكان له .

(فصل) وان غصب عبدا فاصطاد صيدا فالصيد لمولاه ، لان يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التى اصطاد فيها فيه وجهان .

(أحـدهما) تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه (والثانى) لا تلزمه لأن منافعه صارت الى المولى ، وان غصب جارحه كالفهد والبـازى فاصطاد بها صيدا ففى صيده وجهان (أحدهما) أنه للغاصب : لأنه هو المرسـل والجارحه آله ، فكان الصيد له : كما لو غصب قوسا فاصطاد بها ، وعليه أجرة الجارحه لانه أتلف على صاحبها منافعها (والثـانى) أن الصيد للمغصوب منه ، لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا فى أجرته وجهان على ما ذكرناه فى العبد .

(فصل) وان غصب عينا فاستحالت عنده بأن كان بيضا فصار فرخا أو كان حبا فصار زرعا أو كان زرعا فصار حبا فللمغصوب منه أن يرجع به لانه عين ماله

فان نقصت قيمته بالاستحالة رجع بأرش النقص لانه حدث فى يده ، وان غصب عصيراً فصار خمراً ضمن العصير بمثله لانه بانقلابه خمرا سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيواناً فمات فان صار الخمر خلا رده ، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير .

(والثانى) لا يلزمه لان الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير ، فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل أرش النقص .

{ فصل } وإن غصب شيئا فعمل فيه عملا زادت به قيمته بأن كان ثوبا فقصره أو قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو ذهبا فصاغه حليا أو خشبا فعمل منه بابا رده على المالك لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لانه عمل تبرع به فى ملك غيره فلم يشاركه ببدله .

(الشرح) الاحكام : قال الشافعى : وفى ولد المغصوبة الذى ولد فى الغصب مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجودا عند الغصب أو حادثا بعده وقال أبو حنيفة : ولد المغصوب غير مضمون على الغاصب سواء كان الحمل موجودا عند الغصب أو حادثا بعده ، إلا أن يمنع من بعد الطلب فيضمن بالمنع استدلالا بما ذكره فى زيادة البدن من أن حدوث الشىء فى يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه كالريح إذا أطارت ثوبا إليه أو الشاة إذا دخلت دارا .

ودليلنا : هو أن ولد المغصوبة فى يد الغاصب كالأم بدليل أنه لو ادعاه لقبل قوله لمكان يده فوجب أن يكون مامثاله باليد كأمه ، ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان العبد ، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم فولد الغصب أولى أن يكون مضمونا على الغاصب ، لأنه نماء عن أصل مضمون بالتعدى فصح أن يكون مضمونا ومغصوبا كالصوف واللبن ، ولأنه متصل بالمغصوب فصح أن يكون مضمونا كالسمن وثمر الغرس ، ولان ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل ، ولان ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه كالدراهم فى كيس والحلى فى حق .

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره وبالثوب إذا أطارته الريح إليها فهو أن لا يكون ذلك متعديا فلم يكن ضامنا ويكون بإمساك الولد متعديا فكان ضامنا . ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه ، وولادة الصيد فى يده توجب عليه الضمان لتعديه . فإذا ثبت أن ولد المغصوبة مضمون على الغاصب فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه فى ضمان قيمته فى أكثر أحواله فيه من حين الولادة إلى وقت التلف ، فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة — فإن كان نقصها لغير الحمل — ضمنه مع قيمة الولد ، وان كان نقصها لاجل لم يضمنها معا لان ضمان ولدها هو ضمان حملها ، فكان ضامنا لأكثر الامرين من نقص الحمل وقيمة الولد .

فإذا تقرر ما وصفنا فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها ، وحال لا يضمن ، وحال مختلف فيها . فأما أحوال الضمان ففى الغصب والجناية والإحرام ، فإن ضمان الولد فيها واجب كالام ، وأما حال سقوط الضمان ففى الإجارة والرهن والوديعة ، فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالام ، فأما الحال المختلف فيها ففى العارية والبيع الفاسد فى ضمان الولد فيهما وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا فى ضمان الام فى العاريه والبيع الفاسد ، هل هو ضمان غصب أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أنه ضمان غصب ، فعلى هذا يكون الولد مضمونا بأكثر الامرين من قيمته أو نقص الحمل كالغصب .

(والوجه الثانى) أنه يكون مضمونا ضمان عقد ، فعلى هذا يكون الولد غير مضمون لانه لم يدخل فى العقد .

فأما إذا غصب مالا فاتجر به وربح فيه ففى ربحه قولان : أحدهما وهو قوله فى القديم : أنه لرب المال ، وهو مذهب مالك . والقول الثانى : أنه للغاصب وهو مذهب أبى حنيفة ، وسنذكر توجيه القولين فى القراض ؛ فأما إذا غصب شيئا فصاد به ، فعلى ثلاثة أضرب . أحدها : أن يكون آلة كالشبكة والقوس فالصيد للغاصب وعليه أجرة الآلة ، والضرب الثانى : أن يكون عبدا فالصيد المغصوب منه لان يده يد لصاحبه وهل على الغاصب أجرته مدة صيده أم لا ؟ على وجهين

أحدهما : عليه الأجرة ، لأنه غاصب . والثانى : لا أجرة عليه لأن السيد قد صار إلى منافعه فى ذلك الزمان . والضرب الثـالث : أن يكون جارحاً كالـكلب والفهد والنمر ففى الصيد وجهان . أحدهما : للغاصب لأنه المرسل فعلى هذا عليه أجرة الفهد والنمر ، فهل عليه أجرة الـكلب أم لا ؟ على وجهين .

قال الشافعى : ولو باعها الغاصب فأولدها المشترى ثم استحقها المغصوب منه أخذ من المشترى مهرها وقيمتها إن كانت ميتة ، وأخذها إن كانت حية ، وأخذ قيمة أولادها يوم سقطوا أحيـاء ، ولا يرجع بقيمة من سقط ميتاً ، ويرجع المشترى على الغاصب بجميع ما ضمنه من قيمة الولد لأنه غره ، إلى أن قال : وعليه الحد إن لم يأت بشبهة .

(فرع) إذا كان قد غصب بيضاً فصار فراخا أو فروجا كان ملكا للمغصوب منه أولده فى ملـكه ، ولو غصب منه شاة فانزى عليها فحله فوضعت سخلا كان للغاصب ، لأن مالك الأم ولا شىء للمغصوب منه فى نزو فحله لأنه عسب فحـل محرم الثمن إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنها وقيمتها فيرجـع على الغاصب بقدر النقص . فلو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملـكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص ما حدث فيها . وقال أبو حنيفة : قد صارت للغاصب بالطبخ ، ويغرم قيمتها استـدلالا برواية عاصم بن كليب عن أبى بردة بن أبى موسى أن النبى صلى الله عليه وسلم زار قوما من الأنصار فقدموا إليه شاة فصيلة فأكل منها لقمة فلم يبلعها فقال مالى لا أسيغها ، ان لها لشأنا أو قال خبرا ، قالوا يارسول الله إنا أخذناها من بنى فلان وأنهم إذا وافوا راضيناهم فقال أطعموها الأسارى . فجعل لهم تملـكها بالعمل لأنه أمرهم باطعامها للأسارى ولو لم يملـكوها لمنعهم .

ودليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال . لا يحل لأحـد منـكم من مال أخيه شىء إلا بطيب نفس منه فقال له عمرو بن حزم . يارسول الله أرأيت إن لقيت غنم ابن عمى اختـرت منها شاة ؟ قال . إن لقيتها نعجة تحمـل شفرة وزناداً بخبت الجميش — بفتح فسكون ، والجميش وزان الخميس — وهو صحراء بين مكة والمدينة — فلا تأخذها . قال الماوردى .

وأما الخبر الذى استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر ، ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقه عن استبقاء الطعام لهم فأمرهم بذلك حفظا لقيمته على أربابه اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن غصب شيئا فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه ، بأن غصب صاعا من زيت فخلطه بصاع من زيته ، أو صاعا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه ، نظرت ، فإن خلطه بمثله فى القيمة فله أن يدفع إليه صاعا منه لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله ، فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله والبعض من مثله وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه ، ففيه وجهان أحدهما وهو المنصوص أن الخيار إلى الغاصب ، لأنه لا يقدر على رد عين ماله ، فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك ، والثانى وهو قول أبى اسحق وأبى على بن أبى هريرة أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعا منه لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البدل فى الجميع كما لو غصب صاعا فتلف بعضه ، وإن خلطه بأجود منه فإن بذل الغاصب صاعا منه لزم المغصوب منه قبوله ، لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيرا منه ، وإن بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعا منه ففيه وجهان . أحدهما وهو المنصوص فى الغصب . أن الخيار الى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل . والثانى . أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص فى التفليس ، لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما الى عين ماله ، واذا أمكن الرجوع الى عين المال لم يلزم الرجوع الى البدل ، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفى قيمة صاعه ودخل النقص على الغاصب ، لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه

وعلى هذا الوجه ان طلب المغصوب منه أن يدفع اليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان ، أحدهما ؛ لا يجوز ، وهو قول أبى اسحق لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا والثانى انه يجوز لأن الربا انما يكون فى البيع

وليس ههنا بيع ، وانما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض .

{ فصــل } وإن خلطه بما دونه فإن طالب المغصوب منه صاعا منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع ، لأنه رضى بأخذ حقه ناقصاً . وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله ، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله ، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة ؛ لأنه نقص بفعله

{ فصــل } وان غصب شيئا فخلطه بغير جنسه أو نوعه ، فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء ، لزمه تمييزه ورده ، لأنه يمكن رد العين فلزمه ، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله ، لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله . ومن أصحابنا من قال : يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما الى عين ماله كما قلنا فى القسم قبله

{ فصــــل }

وان غصب دقيقاً فخلطه بدقيق له ففيه وجهان :

أحدهما : أن الدقيق له مثل . وهو قول أبى العباس وظاهر النص ، لأن تفاوته فى النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة فى صغر الحب وكبره . فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة . وقد بيناه

والثانى : أنه لا مثل له . وهو قول أبى إسحاق : لأنه يتفاوت فى الخشونة والنعومة ، ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض ، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه فنهم من قال يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه ، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه فى الزيت اذا خلطه بالشيرج

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي : « وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله ووزنه » وقد ذكرنا أن ماله مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل ، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة فأما حد ماله مثل فقد قال الشافعي ما سقنا ، وليس ذلك منه حدا لما له مثل ، لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون ، وليس كل مكيل أو موزون له مثل ، وإنما ذكر الشافعي ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم ، ولم يجعله حدا لما له مثل . وحد ما له مثل . أن يجتمع فيه شرطان ، تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل ، كالحبوب والأدهان ، فإن كان مكيلا كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن ، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل . فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته .

أما خلط الشيء بمثله كالزيت بالزيت ، أو الحنطة بالحنطة فقد قال الشافعي : « ومن الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز منه ، أو يغصبه مكيال زيت فيصبه في زيت مثله ، أو خير منه ، فيقال للغاصب : إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيته ، وإن شئت أخذ من هذا الزيت مكيالا ثم كان غير مزداد إذا كان زيتك مثل زيته ، وكنت تاركاً للفضل ، إذا كان زيتك أكثر من زيته ولا خيار للمغصوب لأنه غير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيال في زيت شر من زيته ضمن الغاصب له مثل زيته ، لأنه قد انتقص زيته بتصييره فيما هو شر منه ، وإن كان صب زيته في شيرج أو دهن طيب أو سمن أو عسل ضمن في هذا كله ، لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه مكيالا مثله ، وإن كان المكيال منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت ولو كان صبه في ماء إن خلصه منه حتى يكون زيتا لا ماء فيه ، وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له كان لازما للمغصوب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالا مثله مكانه »

قال الربيع : ويعطيه هذا الزيت بعينه وان نقصه الماء ، ويرجع عليه بنقصه

وهو معنى قول الشافعى قلت : فهذا هو المنصوص الذى أشار اليه المصنف وقول الشافعى أعدل حكومه وأبعد عن الغرر .

(فرع) قال الشافعى ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه أن يسلمه اليه ، وما نقص مكيلته ثم ان كانت النار تنقصه شيئا فى القيمة كان عليه أن يغرم له نقصانه وان لم تنقصه شيئا فى القيمة فلا شىء عليه ، ولو اغتصبه حنطة جيدة خلطها برديئة كان خلطها بمثلها أو أجود منها كما وصفت فى الزيت يغرم له مثلها بمثل كيلها ؛ الا أن يكون يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ، وان خلطها بمثلها أو أجود كان كما وصفت فى الزيت . قال : ولو خلطها بشعير أو ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يؤخذ بتمييزها حتى يسلمها اليه بعينها بمثل كيلها ، وان نقص كيلها شيئا ضمنه ، قال : ولو اغتصبه حنطة جيدة فأصابها عنده ماء أو عفن أو أكلة أو دخلها نقص فى عينها كان عليه أن يدفعها اليه وقيمة مانقصها تقوم بالحال التى غصبها والحال التى دفعها بها ثم يغرم فضل مابين القيمتين . قال : ولو غصبه دقيقا فخلطه بدقيق اجود منه أو مثله أو أردأ كان كما وصفنا فى الزيت .

هذا نصه فلو أن المغصوب منه أراد أن يأخذ من المختلط بقدر مكيلته أو بقدر قيمة ماله وفرق بين المكيلة وقدر القيمة لأن الأول التساوى فى الكيل والآخر التساوى فى القيمة فعلى وجهين أحدهما وهو قول أبى اسحاق المروزى : لا يجوز ، والثانى : يجوز لأنه ليس بيعا ويكون متبرعا بفرق القيمة أو المكيلة أو الجودة ولا يكون ذلك من الربا لأنه ليس بيعاً وهو كما قال الشافعى فى الأم : ان غصبه سمنا وعسلا ودقيقاً فعصده كان للمغصوب الخيار فى أن يأخذه معصودا ولا شىء للغاصب فى الحطب والقدر والعمل من قبل أن ماله فيه أثر لا عين ، أو يقوم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين . فإن كان قيمته عشرة وهو معصود قيمته سبعة غرم له ثلاثة من قبل أنه أدخله النقص ؛ ولو غصبه دابة وشعيراً فعلف الدابة الشعير رد الدابة والشعير من قبل أنه هو المستهلك له وليس فى الدابة عين من الشعير يأخذه انما فيها منه أثر ، قال : ولو

غصبه طعاماً فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم كان متطوعا بالإطعام، وكان عليه ضمان الطعام. وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه فأكله فلا شيء له عليه من قبل أن سلطانه إنما كان على أخذ طعامه فقد أخذه

وقال الربيع: وفيه قول آخر أنه إذا أكله عالما أو غير عالم فقد وصل اليه شيئه ولا شيء على الغاصب، إلا أن يكون نقص عمله فيه شيئا فيرجع بما نقصه العمل. قلت وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه

(فرع) إذا نقص المغصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده: فعليه ضمان نقصه، فللشافعي قولان (أحدهما) يضمن (والثاني) لا يضمن. وهو قول أحد الاقوال الثلاثة عند الحنابلة (أحدها) وهو قول القاضي لا يضمن (والثاني) يضمن، وهو قول ابن قدامة (والثالث) المغصوب منه مخير بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه. وقال أبو حنيفة: يتخير بين إمساكه ولا شيء له، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ قيمته.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإن غصب أرضا فغرس فيها غراسا أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الارض الى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك. لما روى سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» فإن قلعه فقد قال في الغصب يلزمه أرش ما نقص من الارض. وقال في البيع: اذا قلع الأحجار المستودعة، عليه تسوية الأرض فمن أصحابنا من جعلهما على قولين

(أحدهما) يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون، فلزمه أرشه.

(والثاني) يلزمه تسوية الارض لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة. ومنهم من قال: يلزمه في الغصب أرش ما نقص. وفي البيع يلزمه تسوية الارض، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالارش لأنه أوفى، والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية، وان كان الغراس لصاحب الارض فطالبه بالقلع، فإن كان له غرض في قلعه أخذ بقلعه، لأنه قد فوت عليه [illegible]راس غرضا مقصوداً في الأرض، فأخذ بإعادتها الى ما كانت، وان لم يكن له غرض

ففيه وجهان (أحدهما) لا يؤخذ بقلعه ، لأن قلعه من غير غرض سفه وعبث (والثانى) يؤخذ به ، لأن المالك محكم فى ملكه ، والغاصب غير محكم ، فوجب أن يؤخذ به .

(فصل) وان غصب أرضا وحفر فيها بئراً فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه ، وقد نقله من موضعه فلزمه رده الى موضعه ، فإن أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الارض أجبر . وقال المزنى : لا يجبر كما لو غصب غزلا ونسجه، لم يجبر المالك على نقضه ، وهذا غير صحيح ، لأن له غرضا فى طمها . وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها ، بخلاف نقض الغزل المنسوج فإن أبرأه صاحب الارض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان (أحدهما) يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه اذا أذن فى حفرها سقط عنه اذا أبرأه منها . (والثانى) أنه لا يصح ، لأن الابراء انما يكون من واجب ، ولم يجب بعد شىء فلم يصح الإبراء .

(الشرح) حديث سعيد بن زيد رواه أحمد وأبو داود والترمذى وحسنه وأعله بالارسال والنسائى ، ورجح الدارقطنى الارسال أيضا ؛ وقد اختلف مع ترجيح الارسال على الصحابى الذى رواه فقيل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل ابن عمر ، ورجح ابن حجر الاول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً ، ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة ، وفى اسناده زمعة ، وهو ضعيف . ورواه البخارى تعليقا

أما الاحكام فقد قال الشافعى: ولو اغتصبه أرضا فغرسها نخلا أو اصولا أو بنى فيها بناء أو شق فيها أنهارا كان عليه كراء مثل الارض بالحال الذى اغتصبه اياها ، وكان على البانى والغارس أن يقلع بناءه وغرسه ، فاذا قلعه ضمن ما نقص القلع الارض حتى يرد اليه الارض بحالها حين أخذها و يضمن القيمة بما نقصها . قال وكذلك ذلك فى النهر وفى كل شىء أحدثه فيها لا يكون له أن يثبت فيها عرقا ظالما . وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » ولا يكون لرب الارض أن يملك مال الغاصب ؛ ولم يملكه اياه كان ما يقلع الغاصب منه ينفعه

أو لا ينفعه ، لأن له منع قليل مائه كما منع كثيره . وقال الماوردى قد ذكرنا أن الارض والعقار يجرى عليها حكم الغصب إبراءاً وضماناً ، وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة ، وخالف أهل الكوفة فقال أبو حنيفة لا يجرى على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد . وهو قول أبى يوسف ، وقال محمد بن الحسن يجرى عليها حكم الضمان باليد ، ولا يجرى عليها حكم الغصب . اه . وكلام محمد يرد عليه أنه كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول ، على أنه ليس للتفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير .

فإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال غاصبها من أن يكون قد شغلها بغرس أو بناء أو لم يشغلها ، فان لم يكن قد شغلها بغرس ولا بناء ردها وأجرة مثلها مدة غصبه ، وان شغلها باحداث غرس أو بناء أخذ بقلع بنائه وغرسه ولا يجبر على أخذ قيمتها ، سواء أضر قلعها بالارض أم لا .

وقال أبو حنيفة « إن لم يضر القلع بالأرض اضراراً بينا فله القلع ، ولا يجبر على أخذ القيمة ، وان كان فى قلعه اضرار بالأرض فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها ، وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها استدلالا بما جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار . وبما روى مجاهد أن رجلا غصب قوماً أرضا براحا فغرس فيها نخلا فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فقال لهم « ان شئتم فادفعوا اليه قيمة النخل » وروى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من زرع أرض قوم بلا اذن منهم فليس له فى الزرع شىء وله نفقته » قال ولأن من دخل تملك على ملك استحق المالك ازالة ملك الداخل كالشفيع

ودليلنا ما روى أنس مرفوعا « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه » أخرجه الدارقطنى وأحمد والحاكم والبيهقى وابن حبان . وما رواه هشام بن عروة عن أبيه أن رجلا غصب أرضا من رجلين من بنى بياضة من الأنصار فغرسها نخلا جما فرفع ذلك الى رسول الله (ص) فأمر بقلعه ولم يجعل لرب الأرض خياراً ولو استحق خياراً لأعلمه وحكم به . ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن يكون تبعا للأرض من كثيره ، فلما لم يكن لرب الارض أن يتملك يسيره فأولى أن

لا يتملك كثيره ويتحرر من اعتلاله قياسان (أحدهما) أنه ما لم يملك بالغصب يسيره لم يملك به كثيره لمتاع (والثاني) أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة . وأما حديث لا ضرر ولا ضرار فهو أن رفع الضرر مستحق ولكن ليس بتملك العين . وأما قضية عمر فرسلة لأن مجاهدا لم يلق عمر ، ثم لا دليل فيها من وجهين (أحدهما) أنها قضية في عين إن لم تنقل شرعا لم تلزمه حكما (والثاني) قوله إن شئتم فادفعوا قيمة النخل بعد أن طاب صاحبها ذلك . وهذا عندنا جائز . وأما قوله من زرع أرضا بغير إذنهم فليس له في الزرع شيء ففيه جوابان (أحدهما) أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم (والثاني) ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء ، بما بينه بقوله « ليس لعرق ظالم حق » .

فاذا ثبت هـذا فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون ملكا للغاصب (والثاني) أن يكون مغصوباً من رب الارض (والثالث) أن يكون مغصوباً من غيره فأما الاول فلرب الارض والغاصب أربعة أحوال ، أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر فيجوز ما أقاما على اتفاقهما ؛ لأن الحق فيه مختص بهما ، ثم ننظر فان كان بعقد صح استحقاق المسمى فيه . ولم يكن له الرجوع في المطالبة بالقلع قبل انقضاء المدة سواء علما قدر أجرة المثل أو لم يعلما ، وإن كان بغير عقد فله اجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنها وأن يأخذه بالقطع متى شاء .

والحال الثانية أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائما أو مقلوعا فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط البيع ، لانه عن مراضاة فان كان على الشجر ثمر ملكه إن كان مؤبراً ، ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الارض لو قلع لانه لم يقلع ، فلو باع الغاصب الغرس على غير مالك الارض فان اشتراها بشرط التبقيه فالبيع باطل ، وان اشتراها بشرط القلع فالبيع جائز ؛ فاذا قلعه المشترى فأحدث به نقصا فأرشه على الغاصب وحده لترتبه على تعديه أو يشتريه مطلقا ففيه وجهان (أحدهما) باطل لاحتمال التبقية (والثاني) يجوز ويؤخذ المشترى بالقلع .

والحال الثالثة : أن يتفقا على أخذ ثمن الارض من الغاصب وتسقط المطالبة عن الغاصب الا بثمن الارض ، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع لانه لم يقلع ، ولو كان صاحب الارض باعها على أحد غير الغاصب كان للأجنبي الذى ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه ، فاذا قلع لم يكن للأول أن يطالبه به لانه عيب قد دخل أرضه ، ويكون البيع سببا لسقوط الارش عن الغاصب

والحال الرابعة ألا يتفقا على أحد الاحوال الثلاثة فيؤخذ الغاصب بالقلع ، لحديث سعيد بن زيد ، فاذا قلع برىء من أجرة الارض بعد قلعه ، فان نقصت الارض شيئا لم يبرأ حتى يرد ما نقصت الارض كما قال فى الغصب

وأما القسم الثانى وهو أن يكون الغرس والبناء ملكا لرب الارض فان رضى رب الارض ان يأخذ الارض بغرسها وبنائها فأعا أخذه فلا شيء عليه من مئونة البناء وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء لانه لا يستفيد بقلعها شيئا فصار منه ذلك سفها ، وان طالب رب الارض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الارض فقال الماوردى : فان كان له فى ذلك غرض صحيح أجبر الغاصب على القلع ولزمه غرم نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الارض وان لم يكن فى قلعه غرض يصح لقاصد فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجبر عليه لانه عبث وسفه (والثانى) يجبر عليه لان المالك متحكم على الغاصب لتعديه ، فان قيل بالاول لم يكن له الارش ، وان قيل بالوجه الثانى استحق الارش

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبا من غير مالك الارض فلكل واحد من رب الارض ومالك الغرض أن يأخذ الغاصب بالقلع ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش مانقص من ملكه ، فيرجع رب الارض بما نقص من أرضه ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه ، فلو أن رب الارض اشترى الغرس من ربه قبل القلع صار مالكا لهما وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان فى قلعه غرض صحيح ثم يأخذ منه نقص الارض دون الشجر

(فرع) قال الشافعى ولو حفر فيها بئرا وأراد الغاصب دفنها فذلك له وان لم ينفعه وهذا كما قال ، اذا غصب أرضا وحفر فيها بئرا كان متعديا بحفرها وعليه شدها

وضمان ما تلف فيها ثم لا يخلو حال رب الارض والغاصب من أربعة أحوال .

(أحدها) أن يتفقا على شدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها ، فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش فلا شيء عليه سوى أجرة المثل فى مدة الغصب ، وان كان لها أرش كان عليه غرمه مع الاجرة .

(والثانية) أن يتفقا على تركها فذاك لهما وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها وليس لرب الارض من أن يطالبه بمؤونة السد وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد .

(والثالثة) أن يدعو رب الارض إلى سدها ويأبى الغاصب ، فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لحديث سعيد بن زيد « ليس لعرق ظالم حق » قال الشافعى : والعروق أربعة عرقان ظاهران الغرس والبناء ، وعرقان باطنان البئر والنهر ، وان لم يكن فيه غرض صحيح ، فعلى وجهين كما قلنا فى قلع الغرس والبناء .

(والرابعة) أن يدعو الغاصب إلى سدها ، ويأبى ربها ، فإن لم يبرؤه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه ، وإن أبرأه ربها من الضمان ففيه وجهان .

(أحدهما) أن للغاصب أن يسدها لان الضمان قد يجب لغيره فلم يسقط بإبرائه (والوجه الثانى) أن الغاصب يمنع من سدها لانه بالإبراء يصير كالإذن له فى الابتداء فيرتفع التعدى ، ولا يلزمه ضمان ، وهذا قول أبى على بن أبى هريرة

(فرع) إذا دفن فى الارض المغصوبة ميتا أخذ الغاصب بنبشه منها ، وان كان فيه انتهاك حرمة الميت ، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن ، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت ، فلو قال مالك الارض : أنا أقر الميت مدفوناً فى الارض إن ضمن لى نقص الارض ففى اجبار الغاصب على بذله وجهان ، أحدهما يجبر على بذله حفظا لحرمة الميت المتعدى هو بدفنه فيها ، والثانى : لا يلزمه ذلك لانه مدفون بغير حق .

(فرع) قال الشافعى : وكذلك لو نقل عنها ترابا كان له أن يرد ما نقل عنها حتى يوفيه اياها بالحال التى أخذها قال المزنى : غير هذا أشبه بقوله ، لانه بقوله

لو غصب غزلا فنسجه ثوبا أو نقرة فطبعها دنانير أو طينا فضربه لبنا فهذا أثر لا عين ، ومنفعة المغصوب له ولا حق فى ذلك للغاصب كذلك نقل التراب عن الارض والنهر اذا لم يبن بها أثر لا عين الفعل ، وصورتها فى رجل غصب أرضا فنقل منها ترابا فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقيا أو مستهلكا فإن استهلك فعليه رد مثله فإن للتراب مثلا ، فإن لم يقدر على مثله لانه من تربة ليس فى الناحية مثلها ضمن القيمة ، وفيها وجهان .

(أحدهما) وقد نقله المزنى عن الشافعى فى جامعه الكبير أن تقوم الأرض وعليها التراب ثم تقوم الأرض بعد أخذه منها ويضمن الغاصب ما بين القيمتين

(والوجه الثانى) أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الارض ، وان كان التراب باقيا فللغاصب ورب الارض أربعة أحوال أحدها أن يتفقا على رده الى الأرض فيبرأ الغاصب منه ولا يغرم الا النقص ان وجد فى الارض وأجرة مثلها فى أكثر الحالين أجرة .

الثانية : أن يتفقا على ترك التراب خارجا عنها فذلك لهما مالم يطرح فى أرض مغصوبة ، الثالثة : أن يطلب رب الأرض رد التراب اليها ويمتنع الغاصب فيؤخذ جبرا برده اليها مهما كانت مؤونته . والرابعة : أن يدعو الغاصب الى رد التراب ويمتنع منه المالك فهو اما أن يبرئه من ضمان التراب أو لا يبرئه فإن لم يبرئه كان للغاصب أن يرد التراب وحده بغير اذنه ولا اعتبار بمنعه ليسقط عنه ضمان رده

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) اذا غصب ثوبا فصبغه بصبغ من عنده نظرت ، فان لم تزد قيمة الثوب والصبغ ، ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغا عشرين ، صار شريكا لصاحب الثوب بالصبغ لان الصبغ عين مال له قيمة ، فان بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين ، فان زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة فى ملكهما ، لانه بفعله زاد ماله ومال غيره ، وما زاد فى ماله يملكه لانه حصل بعمل عمله بنفسه فى ماله

فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين ، وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوى خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب فى صبغه ، لأنه بفعله حصل النقص ، فان بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة ، وإلى الغاصب خمسة فان صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب ، فان بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها إلى صـــاحب الثوب ، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك ، أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب ، فان صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئاً لأنه استهلكه فى الثوب ، ويلزمه درهمان لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان .

(فصـل) اذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب فى الثوب حق ، لأن ماله هو الصبغ وقد استهلكه ، وان بقى للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب الى ذلك لانه عين ماله فكان له أخذه كما لو غرس فى أرض مغصوبة غراسا ثم أراد قلعه ، فان نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن مانقص لانه حصل بسبب من جهته ، وان طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، وهو قول أبى العباس ، لان الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به الى ذلك ، لانه يمكنه أن يستوفى حقه بالبيع ، ولا يجوز أن يتلف مال الغير .

(والثانى) يجبر ، وهو قول أبى اسحاق وأبى على بن خيران ، لانه عرق ظالم لا حق له فيه فأجبر على قلعه كالغراس فى الارض المغصوبة وان بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول ، لانه اجبار على بيع ماله ، وان أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع ، لانه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه ، وان أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان .

أحدهما يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغة ، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه . والثانى : لا يجبر لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك

رب الثوب عن ثوبه ، وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب ففيه وجهان أحدهما : يجبر على قبوله ، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب ، والثانى : لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعى : ولو كان ثوباً فصبغه فزاد فى قيمته خمسه فقال للغاصب : إن شئت أن تستخرج الزعفران على أنك ضامن لما نقص من الثوب وإن شئت فأنت شريك فى الثوب لك ثلثه ولصاحب الثوب ثلثاه ، ولا يكون له غير ذلك ، وهكذا كل صبغ كان قائما فزاد فيه ، وإن صبغه بصبغ يزيد ثم استحق الصبغ فإنما يقوم الثوب ، فإن كان الصبغ زائداً فى قيمته شيئاً قل أو كثر فهكذا وإن كان غير زائد فى قيمته قيل له : ليس لك ههنا مال زاد فى مال الرجل فتكون شريكا به ، فإن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص الثوب ، وإن شئت فدعه .

وصورتها فى رجل غصب ثوباً فصبغه فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام أحدها . أن يكون للغاصب ، والثانى . أن يكون لرب الثوب ، والثالث . أن يكون لأجنبى ، فإن كان الصبغ للغاصب فهو على ثلاثة أقسام أحدها . أنه يمكن استخراجه . والثانى . لا يمكن . والثالث . أن يمكن استخراج بعضه ولا يمكن استخراج جميعه ، فإن لم يمكن استخراجه لم يخل ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم فهى بأسرها لرب الثوب لاستهلاك الصبغ إما بذهاب قيمته ، وإما بجبره نقص الثوب .

وان كان ثمنه بعد البيع أقل مثل أن يساوى بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بهما جميع الثمن ، ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين ، وان كان ثمنه بعد الصبغ أكثر فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام ؛ إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ ، أو يكون أقل ، أو يكون أكثر ، فان كانت بقدر ثمن

الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهما فيأخذ رب الثوب منها عشرة التى هى ثمن ثوبه ويأخذ الغاصب عشرة هى ثمن صبغه ، ولم يحصل فيها نقص لا فى الثوب ولا فى الصبغ ، وان كانت الزيادة أقل من ثمن الصبغ مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهما فيأخذ رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملا ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية ويصير النقص مختصا بصبغه لضمانه نقص الثوب . وان كانت الزيادة أكثر من ثمن الصبغ فتكون الزيادة بينهما بقدر ماليهما بحسب قانون النسبة المعروف فى الرياضيات ، واذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين لم يختص الغاصب بها ، وان كانت حادثة بعمله . لأنه عمل فى ماله ومال غيره فلم يحصل له عوض عن عمله فى مال غيره وحصل له عوض عمله فى مال نفسه ، فان دعا أحدهما الى بيعه وابى الآخر نظر فى الداعى الى البيع ، فان كان رب الثوب فله ذاك ، وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم الغصب ، وان دعا الغاصب الى بيعه ليتوصل الى ثمن صبغه وأبى رب الثوب ، فان بذل له مع إبائه ثمن الصبغ الذى يستحقه لو بيع الثوب فله ذاك ولا يجبر على البيع .

وان لم يبذل له الصبغ ففيه وجهان ذكرهما أبو على الطبرى فى افصاحه ، أحدهما . أنه يجبر رب الثوب الى ثمن ثوبه . والوجه الثانى أنه لا يجبر رب الثوب على بيعه لأن الغاصب متعد بصبغه فلم يستحق بتعديه ازالة ملك رب الثوب عن ثوبه فهذا الكلام فى الصبغ اذا لم يمكن استخراجه ، ولا فرق بين أن يكون سوادا أو بين أن يكون غيره من الألوان .

وقال أبو حنيفة . ان كان الصبغ سوادا فلا شىء للغاصب فيه وكان رب الثوب مخيرا بين أن يأخذه ولا شىء عليه للصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمته ، وان كان الصبغ حمرة أو صفرة فهو مخير بين أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ وبين أن يعطيه الغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب بجعل له فى الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمته ان شاء فله أن يأخذه مصبوغا لكن ان كان

الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له ، وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته . واختلف أصحابه لم خص السواد بإسقاط القيمه ، فقال بعضهم لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب . وقال آخرون : بل قاله فى آخر الدولة الأموية حين كان السواد شعاراً للعباسية فى نمو دعوتها وكثرة أتباعها ، فقام أبو حنيفة واعتبر السواد نقصاً وشيئاً مذموماً ، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية فقد زاد على غيره من الألوان .

ولنا أن تمليك الغاصب الثوب بأخذ قيمته منه خطأ ، لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياسا عليه لو كان غير مصبوغ ، ولأن من لم تجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه لم يجب عليه قيمته بعد صبغه كالاجير ، ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين ، إما أن يكون نقصا أو غير نقص ، فإن كان نقصا ضمنه لا غير ، وإن لم يكن نقصا فأولى أن لا يضمن

وأما القسم الثانى وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراجه فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال (أحدها) ان يتفقا على تركه فى الثوب وبيعه مصبوغا فيجوز ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه .

والحال الثانية : ان يتفقا على استخراجه منه فذلك جائز ليصل الغاصب الى صبغه ورب الثوب الى ثوبه ، فإن استخرجه وأبقى فى الثوب نقصا ضمنه به .

والحال الثالثة : أن يدعو الغاصب الى استخراجه ويدعو رب الثوب الى تركه فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه ، لأنها عين مملوكة فعلى هذا يكون ضامنا لنقص الثوب ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج صبغه

مثاله : أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة فيساوى الثوب مصبوغا ثلاثين وبعد استخراج الصبغ منه بخمسة فيضمن الغاصب عشرة خمسة منها هى نقص الثوب قبل صبغه ، وخمسة أخرى هى نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه

والحال الرابعة : أن يدعو رب الثوب الى استخراجه ويدعو الغاصب الى تركه ، فهذا على وجهين (أحدهما) أن يترك استبقاء لملك الصبغ فيه فينظر ،

فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت باستخراج الصبغ منه ففيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة (أحدهما) وهو اختيار أبي حامد أنه لا يجبر على استخراجه اذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول الى استيفاء حقه بالبيع . قال وهو كلام الشافعي حيث قال : إن قيل للغاصب إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ فحصل الخيار اليه .

والوجه الثاني وهو الاصح : أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له في الاستبقاء فصار كالغرس والبناء : ويكون تخيير الشافعي له في الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك ، فعلى هذا إذا استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ .

وأما القسم الثالث وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه ، ولا يمكن استخراج بعضه فالقول فيما لا يمكن استخراجه كالقول في القسم الأول ، والقول في تمكين استخراجه كالقول في القسم الثاني : فيجتمع في هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيما وشرحا ، فهذا حكم الصبغ اذا كان للغاصب

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فان غصب ساجا فأدخله في البناء أو خيطا فخاط به شيئا نظرت فإن عفن الساج وبلى الخيط لم يؤخذ برده لأنه صار مستهلكا فسقط رده ووجبت قيمته ، وإن كان باقياً على جهته نظرت فان كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزعه ورده ، لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده ، كما لو لم يبن عليه ولم يخط به ، وإن غصب خيطا فخاط به جرح حيوان . فان كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده ، لأنه لا حرمة له فكان كالثوب وان كان محرم الدم ، فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع ، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز أخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال .

وإن كان مما يؤكل ففيه قولان (أحدهما) يجب رده ، لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج (والثانى) لا يجب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة

(فصل) وإن غصب لوحا وأدخله فى سفينة وخاف من نزعه الغرق ، فإن كان فيها حيوان — لم ينزع لما ذكرناه فى الخيط ، وإن كان فيها مال غير ماله ، — فإن كان لغير الغاصب — لم ينزع ، لأنه إتلاف مال من له حرمة بجناية غيره فلم يجز .

وإن كان المال للغاصب ففيه وجهان (أحدهما) ينزع كما تنقض الدار لرد الساج (والثانى) لا ينزع لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال ، بأن تجر الى الشط بخلاف الساج فى البناء . وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان له ذلك ، لأنه حيل بينه وبين ماله لجاز له المطالبة بالبدل ، كما لو غصب منه عبداً فأبق ، وإن اختلطت السفينة التى فيها اللوح بسفن للغاصب ففيه وجهان

(أحدهما) ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة (والثانى) لا ينقض ما لم تتعين ، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدى

(فصـــل)

وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له : فان كانت البهيمة مما لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البدل ، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين فى الخيط الذى خيط به جرح ما يؤكل

(فصـــل) وإن غصب فصيلا فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج ، وإن دخل الفصيل الى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب ، لأنه نقض لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب الباب

(فصل) وإن غصب ديناراً وطرحه فى محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار ، كما ينقض البناء لرد الساج ؛ وإن وقع فى المحبرة من غير تفريط من صاحبها

كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة ، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة .

{ فصـــل }

وان غصب عينا وباعها وقبضها المشترى وتصرف فيها وتلفت عنـده ، فللمالك أن يضمن الغاصب ، لأنه غصبها . وله أن يضمن المشترى لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب

فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب الى أن تلف فى يد المشترى ، لأنه من حين الغصب الى حين التلف فى ضمانه .

وإن ضمن المشترى ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض الى أن تلف لأنه لم يدخل فى ضمانه قبل القبض ، فلا يضمن ما قبله .

فإن بدأ فضمن المشترى نظرت ، فان كان عالما بالغصب لم يرجع بما ضمنه على الغاصب ، لانه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من المالك اذا تلف عنده

فان لم يعلم نظرت فيما ضمن ، فان التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها لم يرجع به على الغاصب : لان الغاصب لم يغره ، بل دخل معه على أن يضمنه ، وان لم يلتزم ضمانه بالعقد نظرت : فان لم يحصل له فى مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة رجع على الغاصب ؛ لانه غره ودخل معه على أن لا يضمنه .

وان حصلت له فى مقابلته منفعة — كالاجرة والمهر وأرش البكارة — ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع به لانه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه (والثانى) لا يرجع به لانه حصل له فى مقابلته منفعة وان بدأ فضمن الغاصب فالا يرجع به المشترى على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشترى ، وما يرجع به المشترى على الغاصب لا يرجع به ، لانه لا فائدة فى أن يرجع عليه ثم يرجع المشترى به عليه

(فصـل) وإن غصب من رجل طعاما فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه ، وله أن يضمن الآكل لانه أكل مالم يكن له أكله فإن ضمن الآكل نظرت فان علم أنه مغصوب فأكله لم يرجع على الغاصب بما ضمن لانه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه فان أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان .

(أحـدهما) يرجع لانه غره وأطعمه على أن لا يضمنه .

(والثانى) لا يرجع لأنه حصل له منفعة ، فان أطعمه المـالك فان علم أنه له برىء الغاصب من الضمان ، لانه استهلك ماله برضاه مع العلم به ، وإن لم يعلم ففيه قولان (أحـدهما) يبرأ الغاصب لانه عاد إلى يده فبرىء الغاصب من الضمان ، كما لو رده عليه (والثانى) لا يبرأ لانه إنما ضمن ، لانه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخـذه لم يمكنه فلم يزل الضمان .

(الشرح) قال الشافعى : ولو كان لوحا فادخله فى سفينة أو بنى عليه جداراً أخذ بقلعه ، وهذا كما قال : إذا غصب لوحا فأدخله فى سفينة أو بنى عليه سفينة أو داراً أخذ بهدم بنائه اللوح بعينه إلى صاحبه ، وبه قال مالك وأهل الحرمين ، وقال أبو حنيفة وأهل العراق يدفع القيمة ولا يجبر على هدم البناء لقوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولاضرار ، فمن ضار أضر الله به ، ومن شاق شق الله عليه وفى أخذه بهدم بنائه أعظم إضرار به . ولقوله صلى الله عليه وسـلم : يسروا ولا تعسروا إنى بعثت بالحنيفية السمحة .

وفى أخذ القيمة منه تيسير ، وفى هدم بنائه تعسير منهى عنه ، ولانه مغصوب يستضر برده فلم يجبر عليـه كالخيط إذا خاط به جرح حيوان ، ولأنه مغصوب لا يملك رده إلا باستهلاك مال فلم يجب رده كما لو كان فى السفينة مال لغير الغاصب

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فلزمه رد اللوح ، وروى عبد الله بن مسعود مرفوعا : لا يحل لمسلم أن يأخـذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم ؛ وهذا خبر ظاهره كالنص ، ولقوله صلى الله عليه وسـلم : إن لصاحب الحق يداً ومقالا ،

ولان كل مغصوب كان له رده وجب عليه رده كالذى لم يبن عليه طرداً ، والخيط فى جرح الحيوان عكساً ، ولأنه شغل المغصوب بما لا خير فيه له فوجب أن يلزمه رده ، كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها . ولأنه كل مالو احتاج ابتداء اليه لم يجبر مالك عليه ، ووجب إذا غصب أن يجبر على رده اليه كالارض طردا والخيط للجرح عكسا ولان دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصوب كما لو حلف لمنق عبده ألا يرد ما غصبه فإن عليه رد الغصب وعتق العبد .

والجواب عن حديث : لا ضرر ولا ضرار فهو أنه مشترك الدليل ، لان فى منع المالك منه إضرارا به فكان دخول الضرر على الغاصب ورفعه عن المغصوب أولى من دخوله على المغصوب منه فى تيسير أمر الغاصب ورفعه عنه والاستهانة بحق المغصوب وحماية متعلقات الغاصب .

والجواب عن حديث : يسروا ولا تعسروا ، فمن وجهين .
(أحدهما) استعماله فى المغصوب منه وتيسير أمره برد ماله أولى من استعماله فى الغاصب فى تمليكه غير ماله .
(والثانى) أن التيسير معصية . والغاصب عاص لا يجوز التيسير عليه لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية . والجواب عن قياسهم على الخيط فى جرح الحيوان فمن وجهين . أحدهما : أنه معارضة الاصل لان المعنى فى الخيط أنه ليس له رده ، فلم يجب عليه رده ، وفى اللوح له رده . والثانى : أنه إذا احتاج ابتداء اليه أجبر المالك عليه لحرمة الحيوان وتقدمها على حرمة المالك .

فإذا تقرر أن نقض البناء لرد المغصوب واجب فسواء كان البناء قليلا أو كثيرا أو سواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة حتى لو كانت قيمة اللوح درهما وقيمة البناء ألف درهم أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه ، إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه ، ثم اذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله ان كانت له أجرة وأرش نقصه ان حدث به نقص فإن كان المغصوب حجرا فبنى عليه منارة مسجد أخذ بنقض المنارة لرد الحجر عليه ثم غرم نقض المنارة للمسجد ، وان كان هو المتطوع ببنائها لخروج ذلك عن ملكه ، وان كانت السفينة سائرة فى البحر ، فان كان اللوح

على سطحها أو على مكان مرتفع منها وأمكن أخذه أخذ منها ، وإن كان فى أسفلها بحيث لو أخذ منها هلكت وما فيها نظر ، فإن كان فيها حيوان لم يجز أن يقلع صيانة للنفوس سواء كانت آدمية أو بهيمة ، وسواء كانت الحيوانات للغاصب او لغيره ، لأن للحيوان حرمتين ، حرمة نفسه وحرمة صاحبه ، وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال نظر ، فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما فى أخذه من إتلاف مال له حرمة فى الحفظ والحراسة وان كان للغاصب ففيه وجهان

(أحدهما) يؤخذ اللوح منها ، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعديه كما يذهب ماله فى هدم بنائه .

(والوجه الثانى) أنه لا يجوز أن يؤخذ منها لأنه قد يمكن أخذه بعد الدخول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال ، وليس كالبناء الذى لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه ، فعلى هذا يقال لرب اللوح : أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك وبين أن تأخذ فى الموضع قيمة لوحك ، فلو اختلطت السفينة التى فيها اللوح بعشر سفن للغاصب ولم يوصل اليه إلا بهدم جميعها ففيه وجهان .

أحدهما : تهدم جميعها حتى يوصل اليه .

والوجه الثانى : أنه لا يجوز هدم شىء منها إلا أن يتعين اللوح المغصوب فيه لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال إلا بتعيين المتعدى فيه .

فإذا عمل اللوح المغصوب باباً ، أو حديداً فعمله درعا لم يملكه فى هذه الأحوال وجعله أبو حنيفة مالكا لذلك بعمله وذلك من أقوى الذرائع والمغريات للاقدام على المغصوب ، وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها والأرض عندهم غير مغصوبة فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى ، وإذا كان كذلك فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولا ، ولا شىء للغاصب إلا أن يكون قطع ركبها أو مسامير أو آلات بأعيانها ركبها فيها ، فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب .

(فرع) قال الشافعى : ولو كان خيطاً فخاط به ثوباً ، وكذلك فان خاط به

جرح إنسان أو حيوان ضمن الخيط ولم ينزعه . قال الماوردى : وصورتها فيمن غصب خيطا فخاط به شيئا فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه وأرش نقصه إن نقص .

(والضرب الثانى) أن يكون قد خاط به حيوانا فعلى ضربين . أحدهما : أن يكون الحيوان ميتا عند المطالبة بالخيط فينظر ، فان كان الحيوان مما له حرمة كالآدمى نظر ، فان لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع ، وإن فحش لم ينزع لقوله صلى الله عليه وسلم حرمة ابن آدم حيا كحرمته ميتا . والضرب الثانى : أن يكون حيا فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون مباح النفس من آدمى أو بهيمة كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه

(والضرب الثانى) أن يكون محظور النفس فعلى ضربين . أحدهما : أن يكون آدميا فعلى ضربين . أحدهما : أن يخاف من نزعه التلف فيقر الخيط ولا ينزع سواء كان الغاصب أو غيره لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه ، فأولى أن يجبر على تركه فعلى هذا يغرم قيمته .

والضرب الثانى : أن يأمن التلف ، فهذا على ضربين (أحدهما) أن يأمن الضرر وشدة الألم فهذا ينزع منه ويرد على مالكه مع أرش نقصه .

(والضرب الثانى) أن يخاف ضررا أو شدة ألم وتطاول مرض إلخ اهـ .

قلت : ومثل الخيط شاش الجبائر والجبس وجميع ما يستعمل فى الجراح والكسور والرضوض لدى الأطباء والصيدلانية ، وكذلك جسور الأسنان والأضراس الصناعية وأسلاكها وأقماعها وبدائلها فانها جميعا عليها ما مضى من حكم الخيط نزعا وضررا وحرمة المستفيد منها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن غُصب من رجل شيئا ثم رهنه عنده أو أودعه أو آجره منه وتلف عنده فان علم أنه له برىء الغاصب من ضمانه لأنه أعاده الى يده وسلطانه ،

وان لم يعلم ففيه وجهان (أحدهما) أنه يبرأ الغاصب من الضمان لأنه عاد الى يده (والثانى) لا يبرأ لانه لم يعد الى سلطانه ، وانما عاد اليه على أنه أمانة عنده ، وان باعه منه برىء من الضمان علم أو لم يعلم ، لان قبضه بابتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان .

(فصل) وان غصب شيئا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب ، وقال المزنى : يبرأ لأنه أذن له فى امساكه فبرىء من الضمان كما لو أودعه ؛ والمذهب الاول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو اذا رهنه شيئا فتعدى فيه فلا ينافى الضمان .

(فصل) وان غصب حرا وحبسه ومات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وان حبسه مدة لمثلها أجرة فان استوفى فيها منفعته لزمته الاجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه ، وان لم يستوف منفعته ففيه وجهان .

(أحدهما) تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمن بالاجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال (والثانى) لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه .

(فصل) وان غصب كلبا فيه منفعة لزمه رده على صاحبه لانه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده فان حبسه مدة لمثلها أجرة ، فهل تلزمه الاجرة فيه وجهان بناء على الوجهين فى جواز اجارته .

(فصل) وان غصب خمرا نظرت ، فان غصبها من ذمى لزمه ردها عليه لانه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وان غصبها من مسلم ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه ردها عليه لأنه يجوز أن يطفىء بها نارا أو يبل بها طينا فوجب ردها عليه .

والثانى : لا يلزمه وهو الصحيح ، لما روى أن أبا طلحة رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا فأمره صلى الله عليه وسلم أن يهرقها فان أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ،

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فإن صار خلا لزمه رده على صاحبه لأنه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده إليه فإن تلف ضمنه لأنه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه .

(فصل) وان غصب جلد ميتة لزمه رده لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان أحدهما يلزمه رده كالخمر إذا صار خلا والثاني لا يلزمه لأنه بفعله صار مالا فلم يلزمه رده

(فصل) وان فصل صليبا أو مزماراً لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) يوم فتح مكة أن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة فدل على أنه لا قيمة له ومالا قيمة له لا يضمن فان كسره نظرت فان كان إذا فصله يصلح لمنفعه مباحة وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلا ومكسوراً لانه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه فان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء لأنه لم يتلف ما له قيمة .

(الشرح) الأحكام : إذا غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الخيط الذى خاط به جرحها ، ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت إلى مالكها ، وضمان الحيوان على الغاصب وفارق الخيط لأنه أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه . وإن ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة ولم يمكن إخراجها إلا بذبحها ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل ، وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لأنه لتخليص ماله ؛ إلا أن يكون التفريط من صاحب الشاة بكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهرة لأن التفريط من صاحب الشاة .

فإذا مرت بهيمة رجل في سوق فأتلفت جوهرة رجل قال الماوردى فى الحاوى والعمرانى فى البيان والرويانى فى البحر ما حاصله : لم يخل حال البهيمة من أن يكون معها مالكها أو لا ، فإن لم يكن معها فلا ضمان عليه فى الجوهرة ،

لأنه غير ضامن لما جنته . فلو سأله صاحب الجوهرة بيع البهيمة ليتوصل منها إلى جوهرته ، أو صيرورتهما معا فى ملكه لم يجبر المالك على البيع .

وقال أبو حنيفة : إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة أجبر صاحبها على أخذ قيمتها وإن كانت قيمة الجوهرة أقل لم يجبر . وهذا فاسد ، استدلالا بقياسين أحدهما : أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعاما — والثانى — أنه لا يستحق تملكه مع تلف شىء لم يستحق تملكه مع بقائه ، قياسا على ما قيمته أقل .

وان كان صاحبها معها كان ضامنا لها عندنا سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً وقال أبو على بن أبى هريرة : ان كانت البهيمة بعيراً ضمن ، وإن كانت شاة لم يضمن ، وفرق بينهما بأن المألوف فى البعير النفور فلزم منعه ومراعاته ، والمألوف فى الشاة السكون فلم يلزم منعها ومراعاتها . وهذا خطأ عند الاصحاب لان سقوط مراعاة الشاة إنما كان لأن المعهود منها السلامة ، فاذا أفضت الى غير السلامة لزم الضمان كما أبيح للرجل ضرب زوجته وللمعلم ضرب الصبى لأن عاقبته السلامة ، فاذا أفضى الى التلف ضمنا ، فاذا ثبت أن ذلك مضمون عليه نظر فى البهيمة فان كانت غير مأكولة اللحم غرم القيمه لتحريم ذبحها وتعذر الوصول اليها ، وان كانت مأكولة اللحم فعلى قولين . أحدهما : تذبح عليه وتؤخذ الجوهرة من جوفها ؛ والثانى : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . فعلى هذا لو ماتت البهيمة أو ذبحها لمأكله فوصل الى الجوهرة رجع بها المالك ورد ما أخذه من القيمة :

ولنا بناء على ما تقدم ، وعلى ماوصل اليه الطب من عمل البنج للحيوان واجراء جراحة بيطرية لاستخراج الجوهرة أنه يجوز ذلك ويبذل صاحب الجوهرة مؤونة الجراحة والنقاهة حتى تبرأ ، فاذا كان صاحبها مفرطا كان عليه ذلك . فاذا كان صاحب البهيمة مغتصبا للجوهرة على ما بنى المصنف فصله فالضمان عليه .

(فرع) إذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بعد قبض الثمن فالبيع صحيح ، سواء كان الثمن معيناً أو فى الذمة أجراه المشترى منه بالدفع ، ثم ينظر فى البهيمة فإن كانت فى يد البائع فالثمن غير مضمون لأن ما جنته فى يده مضمون عليه والثمن ملك له . وعليه تسليم البهيمة ، فان قدر على الثمن بموت أو ذبح اختاره المشترى لمأكلة رد على البائع

وإن كانت البهيمة فى يد المشترى فالثمن مضمون عليه للبائع ، فان كانت غير مأكولة غرم مثله ، وإن كانت مأكولة اللحم فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا ؟ على ما مضى من القولين .

والضرب الثانى : أن تبتلع الثمن قبل قبضه فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون فى الذمة لم يتعين بالعقد فالبيع لا يبطل ، وهو باق فى ذمة المشترى . ثم ينظر ، فان كانت البهيمة عند ذلك فى يد المشترى فما ابتلعته غير مضمون على واحد منهما . أما البائع فلزوال يده بالتسليم . وأما المشترى فلأنه ماله ، وجناية البهيمة من ضمانه ، وإن كانت فى يد البائع فهو مضمون عليه ، فان كانت البهيمة مما لا تؤكل لزمه غرم مثله . فعلى هذا يكون له الثمن وعليه مثله .

وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا . على القولين ، فان قيل لا تذبح لزمه غرم مثل الثمن وتقاضاه ، ولا خيار للمشترى فى فسخ البيع لأن ذبح البهيمة قد استحق فى يد البائع ، وذلك عيب حادث وهو مضمون عليه فلأجله ما استحق المشترى خياراً به . وإن كان هو المستحق لما أوجب العيب

والضرب الثانى : أن يكون الثمن معيباً فهذا على ضربين

(أحدهما) أن تكون البهيمة غير مأكولة فالبيع باطل ؛ لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه فبطل البيع وهو متعذر القدرة عليه كالتالف . ثم ينظر فان كانت البهيمة فى يد المشترى فهو تالف من ماله والبائع غير ضامن له وعلى المشترى رد البهيمة على البائع ، فان قدر على الثمن بموتها رد على المشترى ، وان كانت فى يد البائع فالثمن مضمون عليه ويغرم مثله

(فرع) إن غصب فصيلا ـ وهو ولد الناقة سمى بذلك لفصله عن أمه ـ فأدخله

حظيرته فكبر حتى استحال خروجه من باب الحظيرة ، أجبر على نقض الباب أو البناء لرد الفصيل على ما مضى من نقض السفينة لرد اللوح ونقض المنارة لرد الحجر . أما إذا دخل الفصيل إلى داره من غير تفريط منه بأن دخل الحظيرة فاختلط بفصلانها وكبر وتعذر إخراجه من الحظيرة ، نقض الباب أو البناء وعلى صاحب الفصيل إعادة الباب أو الحائط كما كان

فإذا مرت بهيمة بقدر فول فأدخلت رأسها فيه فلم يخرج الا بكسر القدر أو ذبح البهيمة فلا يخلو حالها من أربعة أقسام (أحدها) أن يكون صاحب القدر متعدياً فى وضعها فى غير حق — بأن أشغل بها الطريق وعرضها لطريق المارة مكشوفة بغير غطاء ولا حراسة — وكان صاحب البهيمه غير متعد فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمه .

والقسم الثانى : أن يكون صاحب البهيمة متعديا لإدخالها فى غير حق وصاحب القدر غير متعد فيكون تخليص البهيمه مضمونا على صاحبها لتعديه بها ، فإن كانت مما لا يؤكل كسرت القدر لأن لنفس البهيمه حرمة فى حراستها ، ثم كسر القدر مضمونا على صاحبها ، وإن كانت مما تؤكل فعلى قولين بناء على جواز ذبحها فى تخليص ما جنته :

(أحدها) تذبح ويخرج رأسها من القدر ولا يجوز كسرها .

والقول الثانى : لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها ثم يضمن أرش كسرها . والقسم الثالث : أن يكون كل واحد منهما غير متعد فالتخليص مضمون على صاحب البهيمه لا بالتعدى ولكن لاستصلاح ملكه وعليه ضمان مؤونة ذلك فان لم تكن البهيمه مأكولة كسرت القدر وضمن كسرها ، فان كانت مأكولة فعلى قولين ، فى ذبحها أو كسر القدر وضمانه على صاحبها

والقسم الرابع : أن يكون كل واحد منهما متعديا فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما فى التعدى كالمتصادمين ، فان كانت البهيمة غير مأكولة كسرت القدر وضمن صاحب البهيمه نصف الكسر وأهدر النصف الباقى ، وان كانت مأكولة فان قيل لا يجوز ذبحها كسرت القدر وضمن صاحب البهيمه أرش القدر كله لا نصفه . فان قال صاحب القدر : بل تذبح البهيمه لاضمن نصف النقص

فى ذبحها نظر البادىء منهما بطلب التخليص ، لجعل ذلك فى جنبته .

(فرع) وإن غصب ديناراً أو جوهرة فوقع أو ألقاها فى محبرته أو أخذ ديناراً لغيره فسها فوقع فى محبرة كسرت ورد الدينار أو الجوهرة كما ينقض البناء أو تهدم السفينة لرد اللوح على ما مضى . وكذلك إن كان درهما أو أقل منه . وإن وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه والضمان عليه لأنه لتخليص ماله .

وإن غصب ديناراً فوقع فى محبرة آخر بفعل الغاصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الغاصب ضمان المحبرة لأنه السبب فى كسرها ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من تبقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر . وإن رمى إنسان ديناره فى محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لأن صاحبه تعدى برميه فيها فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها وما ترتب على قذف الدينار من رشاش الحبر على الأوراق أو الكتب أو الثياب فعليه ضمان قيمته تالفاً أو أرشه معيباً ، وأجاز أصحاب أحمد إجبار مالك المحبرة على كسرها لرد دينار الغاصب وتضمين الغاصب قيمة المحبرة .

(فرع) قال الشافعى ولو باعه عبداً وقبض المشترى ثم أقر البائع أنه غصبه من رجل ، فإن أقر المشترى نقضنا البيع ورددناه إلى ربه ، وقال فى موضع آخر وإن باعه وقبضه المشترى ثم أعتقه فقامت بينة بغصبه وكان المغصوب أو ورثته قياما رد العتق لأن البيع كان فاسداً ويرد إلى المغصوب . وإن لم تكن بينة وصدق الغاصب والمشترى المدعى أنه غصبه لم يقبل قول واحد منهما فى العتق ومضى العتق ورددنا المغصوب على الغاصب بقيمة العبد فى أكثر ما كان قيمة . وقال : ولو كان المشترى أعتقه ثم أقر هو والبائع أنه للمغصوب منه لم يقبل قول واحد منهما فى رد العتق وللمغصوب القيمة إن شاء أخذناها له من المشترى المعتق ، ويرجع المشترى المعتق على الغاصب بما أخذ منه لأنه أقر أنه باعه مالا يملك ، وهذا كما قال : اذا كان مشترى العبد قد أعتقه ثم أحضر من ادعاه مالكا وأن البائع أخذه غصباً كاف البينة قبل سؤالها . اه

والعبد المغصوب بعد عتقه من مبتاعه له حق الله تعالى فى الحرية . فلا يعاد الى مالكه وانما تعاد قيمته كأى شىء اغتصبه ثم باعه وتلف فى يد المشترى ، فان المالك يرجع على الغاصب أو المشترى . والمشترى أن يرجع على البائع لأنه غره فان كان عالما بالغصب لم يرجع على الغاصب .

(فرع) ينبنى على ما تقدم أنه اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ، لأن الغاصب حال بينه وبين ماله . والآكل أتلف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنة بغير اذن مالكه ، فان كان الآكل عالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه أتلف مال غيره بغير اذن عالما من غير تغرير . فاذا ضمن الغاصب رجع عليه .

قال الشافعى : ولو غصب طعاماً فأطعمه من أكله ثم استحق كان المستحق أخذ الغاصب به ، فان غرمه فلا شىء للواهب على الموهوب له ، وان شاء أخذ الموهوب له ، فان غرمه فقد قيل يرجع على الواهب وقيل لا يرجع به . قال المزنى أشبه بقوله : ان هبة الغاصب لا معنى لها وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب فعليه غرمه ولا يرجع به ، فان غرمه الغاصب رجع به عليه . وهذا عندى أشبه بأصله .

وهذه المسألة تنقسم الى قسمين يتضمن كل قسم منها ثلاثة أنواع :

فأما القسم الاول فأول أنواعه أن يهبه فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بالرجوع على أيهما شاء

(ثانيها) وهو أن يأذن له فى أكله من غير هبة ولا اقباض ، فان علم الآكل أنه مغصوب كان مضمونا عليه وربه أيضا بالخيار لتغريم أيهما شاء ، فان أغرم الآكل فقد اختلف أصحابنا ، فذهب البغداديون الى أن فى رجوعه على الغاصب قولين . وذهب البصريون الى الرجوع به قولا واحدا . والفرق بين الآكل والموهوب له أن استهلاك الاكل باذن الغاصب فرجع عليه ، وأن استهلاك الموهوب له بغير اذنه فلم يرجع عليه ، فان رجع المالك على الغاصب يكون وجوده فعلى مذهب البغداديين يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين وعلى مذهب البصريين لا يرجع به قولا واحدا

وثالثها : أن يطعمه بهيمة رجل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة فهو مضمون على الغاصب وحده ، ويرجع به المالك على الغاصب ولا يرجع على مالك البهيمة . فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له فى رقبة البهيمة أو مالكها لأن المتلف هو الغاصب ، وإن كان إطعامها بأمر مالكها نظر ، فإن علم بأنه مغصوب عند أمره ضمن ومالك الطعام بالخيار أن يرجع على أيهما شاء وليس للغاصب إذا غرم أن يرجع على الآمر إذا لم يعلم ويرجع إذا علم ويجرى عليه حكم الآكل والموهوب له من الإذن وعدمه .

وأما القسم الثانى فصور فى الأنواع الثلاثة الآتية : إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه فأكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه على الغاصب وان لم يعلم فعلى قولين .

والنوع الثانى : أن يأذن الغاصب لرب الطعام فى أكله فإن علم حين الأكل أنه طعامه لم يرجع بغرمه ، وان لم يعلم فعلى قول البغداديين يكون رجوعه على قولين وعلى قول البصريين يرجع به قولا واحداً .

والنوع الثالث : أن يطعمه بهيمة رب الطعام فان كان بغير أمره رجع عليه بغرمه ، وإن كان بأمره فان علم لم يرجع ، وان لم يعلم فان دفعه اليه كان رجوعه على قولين ، كما لو وهبه له ، وإن لم يدفعه اليه كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه ، فلو باع الغاصب الطعام على مالكه وهو يعلم أو لا يعلم فتلف فى يده بعد قبضه أو لم يتلف كان المالك بريئاً من الثمن والغاصب بريئاً من الضمان ، وذهب المصنف إلى أنه إذا علم فيه قولان على ما أوضح والله أعلم .

(فرع) إذا أودع العبد عند مالكه أو رهنه إياه أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالأجرة ثم تلف عنده نظر ، فان علم بعد قبضه أنه ماله برىء العبد من ضمانه ، وان لم يعلم نظر ، فان كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن المستأجر برىء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً

عليه ، وان كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان فى هذه الأحوال ، ففى براءة الغاصب منه وجهان .

أحدهما : يبرأ منه لعودته الى يد مالكه .

والوجه الثانى : لا يبرأ منه لأن خروجه من يده اما نيابة عنه أو أمانة منه ، فلم تزل يده فكان على ضمانه . فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف والمالك لا يعلم به ، فان لم يكن المال فى يد المالك فالضمان باق على الغاصب ، وان كان فى يده فان تلف باستهلاك المالك برىء منه الغاصب ، وان تلف بعد استهلاكه كان فى براءته منه وجهان .

وأما حبس الحر سواء عاش أو مات فسوف يأتى حكمه ان شاء الله تعالى فى الجنايات والحدود .

وأما كلب المنفعة ككلاب الصيد أو الحراسة ، فانه يجرى فيه ما يجرى فى البهائم المستأجرة لظهرها أو لعملها فى الحقول والفارق أنها غير مأكولة كبعض الدواب التى لا تؤكل .

(فرع) قال الشافعى : فان أراق له - أى الذمى - خمراً أو قتل له خنزيرا فلا شىء عليه ولا قيمة لمحرم لانه لا يجرى عليه ملك . أما التملك بالخمر والخنزير فمعصية ، والقول فيهما كالقول فى الصليب ولا شىء على متلفهما مسلما كان أو ذميا على مسلم أتلفه أو على ذمى ، ويعذران باتلافه على منازلهم أو بيعهم .

وقال أبو حنيفة : ان أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلما كان أو ذميا ، وان أتلفها على ذمى ضمنها المتلف مسلما كان أو ذميا ، فان كان مسلما ضمن قيمة الخمر والخنزير ، وان كان ذميا ضمن مثل الخمر وقيمة الخنزير استدلالا من وجوب ضمانها للذمى بما روى أن عمر رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى والى سمرة بن جندب فى خمور أهل الذمة أن لهم بيعها ، وخذ العشر من أثمانها .

فكان الدليل من وجهين . أحدهما : أن جعل لها أثمانا والعقد عليها صحيحا ، والثانى : أخذ العشر منها ، ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها ، قال : ولانه مقمول فى عرفهم فوجب أن يكون مضمونا باتلافه عليهم قياسا على غيره من أموالهم ،

قالوا : ولأنه من أشربتهم المباحة فوجب أن يكون مضمونا بإتلافه عليهم كسائر الأشربه ، قالوا : ولأن ما كان متمولا عند مالكه ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه قياسا على المصحف إذا أتلفه ذمى على مسلم .

ودليلنا ما رواه ابن أبى حبيب عن عطاء عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : ان الله حرم عليكم ورسوله بيع الخمر وبيع الخنزير وبيع الأصنام وبيع الميتة ، فقال رجل يا رسول الله ما ترى فى شحومها فإنها يدهن بها السفن ويستصبح بها فقال : قاتل الله اليهود حرم عليهم شحومها فجملوها فباعوها فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته ، ولان المرجوع فى كون الشىء مالا الى صفته لا الى صفة مالكه ، لان صفات الشىء قد تختلف فيختلف حكمه فى كونه مالا ويختلف مالكوه . فلا يختلف حكمه فى كونه مالا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ثم لو مات خرج من أن يكون مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلده صار مالا لمسلم وكافر ، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالا لمسلم أو كافر ثم لو دبغ جلد الميتة صار مالا لمسلم وكافر . ويتحرر من هذا قياسان :

أحدهما . أن كل ما ليس مالا مضونا فى حق المسلم لم يكن مالا مضمونا فى حق الكافر كالميته والدم ، وإن شئت قلت . كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها أصله ما ذكرنا .

والثانى . أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن ، ولأنه شراب مسكر فوجب أن لا يستحق على متلفه قيمته ، ولأن ما استبيح الانتفاع به من الاعيان النجسة اذا لم يملك الاعتياض عليه كالميته : فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه ، وتحريره قياسا أن ما حرم نفعا فأحرى أن يحرم عوضا من كافر على مسلم .

وأما الجواب عن حديث عمر وقوله . ولهم بيعها وخذ العشر من أثمانها فمن وجهين .

أحدهما . أن معناه أن ولوهم ما تولوه من بيعها ، ولا يعترض عليهم فيما

استباحوه منها ، وخذ العشر من أثمانها أى من أموالهم وان خالطت أثمانها بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها .

والثانى . أنه محمول على العصير الذى يصير خمراً من باب اطلاق اسم ماسيؤول اليه عليه قال تعالى . « وقال انى أرى فى المنام أنى أرانى أعصر خمراً » وتحريم بيعها خمراً متفق عليه بيننا وبينهم كاتفاقنا على اباحته عصيراً . وأما كونه متمولا فى عرفهم فمنتقض بموقوذة المجوس والعبد المرتد .

ولنا أدلة من السنة تفحم كل ذى مراء لحديث أنس عن أبى طلحة الذى ساقه المصنف هنا ورجال اسناده وأصله فى صحيح مسلم ورواه الترمذى والدارقطنى بلفظ . يا رسول الله انى اشتريت خمراً لأيتام فى حجرى فقال : أهرق الخمر واكسر الدنان . وأخرجه أحمد وأبو داود

وحديث ابن عمر . أمرنى النبى (ص) أن آتيه بمديه وهى الشفرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال أغد على بها ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام ، فأخذ المدية منى فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم أعطانيها ، وأمر الذين كانوا معه أن يمضوا معى ويعاونونى وأمرنى أن آتى الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك فى أسواقها زقا الا شققته ، رواه أحمد وأشار اليه الترمذى وذكره الحافظ ابن حجر فى الفتح معزوا الى أحمد

وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد . انه رواه باسنادين فى أحدهما أبو بكر بن أبى مريم وقد اختلط وفى الاخر أبو طعمه وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وبقية رجاله ثقات . وقد ترجم له البخارى فى صحيحه فقال . باب هل تكسر الدنان التى فيها خمر وتخرق الزقاق . ويعلق ابن حجر على هذا فينفى أن المراد بهذا اتلاف الاوانى وانما المقصود اراقة الخمر واهدار جرمها ، واتلاف الآنية جاء تبعا لذلك عقوبة لأصحابها .

(فرع) قال الشافعي : ولو كسر لنصراني صليباً ، فإن كان لشيء من المنافع مفصلا فعليه ما بين قيمته مفصلا أو مكسورا وإلا فلا شيء عليه . أما الصليب فموضوع على معصية لزعمهم أن عيسى صلى الله عليه وسلم قتل وصاب على مثله فاعتقدوا إعظامه طاعة والتمسك به قربة ، وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصيتهم به ، ولا يجوز أن يقتحم أحد بيعهم وكنائسهم ولا أن يعطل لهم طقوسهم ماداموا لا يظهرون بها تحديا ولا يجاهرون بها إغاظة ولا يعد هذا إقرارا منا على ما يعتقدونه فان جاهرونا بصليبهم نظر ، فان كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك المجاهرة به جاز في الانكار عليهم تفصيل الصليب وكسره رفعا لما أظهروه من مخالفة عقد الذمة . وإن لم يشترط ذلك عليهم وجب الاقتصار على الانكار في حال المجاهرة ولا يتجاوز الانكار إلى كسره ، وقد حمى الاسلام الحنيف أهل الذمة وعاشت في ظله ديانات اليهود والنصارى بعد أن كان يضطهد بعضهم بعضا ، ويقتل بعضهم بعضا فأقر بينهم السكينة والوئام والسلام وترك لهم حرية الاعتقاد عملا بقوله تعالى « وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله » .

وبلغ من تسامح المسلمين وحسن معاملتهم أن الكنائس التي فر أهلها إلى الصحاري القصية وشعف الجبال ومغاراتها أخذوا يبنونها في المدن والقرى ، بل إن المجاهدين من السلف كانوا يتخيرون أحيانا المواقع التي بها كنيسة مثلا فيتخذون من جوارها مدينة يتخذونها حاضرة أو عاصمة لحكمهم كمدينة تونس بكسر النون قولا واحدا سميت كذلك لأن عقبة بن نافع الفهري فاتح المغرب كان يسمع قرب معسكر أنغام القسس وهم يترنمون في الليل بترانيمهم فقال هذه البقعة تونس بحذف الهمزة فسميت بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وان فتح قفصا عن طائر نظرت ، فان نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء الى ذهابه فصار كما لو باشر اتلافه وان لم ينفره نظرت فان وقف ثم طار لم يضمنه لأنه وجد منه سبب غير ملجىء ووجد من الطائر

مباشرة والسبب إذا لم يكن ملجئاً واجتمع مع المباشرة سقط حكمه . كما لو حفر بئراً فوقع فيها إنسان باختياره ، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان

(أحدهما) لا يضمن لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار .

(والثانى) يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره

(فصل) وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه ، لأن رميه لم يكن سببا لفواته ، لأنه قد كان ممتنعاً وفائتاً من قبل أن يرميه ، فإن طار فى هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه ، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه فى غير داره

(فصل) وإن فتح زقا فيه مائع فخرج ما فيه نظرت ، فإن خرج فى الحال ضمنه ، لأنه كان محفوظا بالوكاء فتلف بحله فضمنه . وإن خرج منه شيء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب مافيه ضمنه ، لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه ؛ كما لو قطع يد رجل فمات منه ، وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن ، لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه ، كما لو فتح قفصا عن طائر فوقف ثم طار ، أو نقب حرزا فسرق منه غيره ، وان فتح زقا فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يضمنه ، لأنه لم يخرج عقيب الحل ، فصار كما لو كان مائعا فهبت عليه الريح فسقط .

(والثانى) أنه يضمن وهو الصحيح ، لأن الشمس لا توجب الخروج ، وانما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح

وإن حل زقا فيه جامد وقرب اليه آخر نارا فذاب وخرج ، فقد قال بعض أصحابنا : لا ضمان على واحد منهما ، لأن الذى حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال ، فإنه لا قطع على واحد منهما ، وعندى أنه يجب الضمان على صاحب النار ، لأنه باشر الاتلاف بإدناء النار فصار كما لو حفر رجل بئراً

ودفع فيها آخر إنسانا : وأما السارق فهو حجة عليه ، لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار . وأما القطع فلا يجب عليهما ، لأنه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز ، والذى أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الإتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان

(فصــل)

وإن فتح زقا مستعلى الرأس فاندفع ما فيه فخرج لجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه ؛ ففيه وجهان .

(أحدهما) يشتركان فى ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين (والثانى) أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثانى كالجارح والذابح

(فصل) وإن حل رباط سفينة فغرقت نظرت ، فإن غرقت فى الحال ضمن لأنها تلفت بفعله ، وإن وقفت ثم غرقت ، فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن ، لأنها غرقت بغير فعله . وان غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان (أحدهما) لا يضمن ، كالزق اذا ثبت بعد فتحه ثم سقط (والثانى) أنه يضمن ، لأن الماء أحد المتلفات .

(فصل) إذا أجج على سطحه نارا فطارت شرارة الى دار الجار فأحرقتها ، أو سقى أرضه فنزل الماء الى أرض جاره فغرقها ، فإن كان الذى فعله ماجرت به العادة لم يضمن لانه غير متعد ، وان فعل ما لم تجر به العادة بأن أجج من النار ما لايقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لانه متعد

(فصل) إذا ألقت الريح ثوبا لإنسان فى داره لزمه حفظه . لانه أمانة حصلت تحت يده ، فلزمه حفظها كاللقطة ، فان عرف صاحبه لزمه إعلامه ، فان لم يفعل ضمنه ، لانه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب . وان وقع فى داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه ، لانه محفوظ بنفسه ، فان دخل الى برج فى داره طائر فأغلق عليه الباب نظرت . فان نوى إمساكه على نفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب ، وان لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لانه يملك التصرف فى برجه فلا يضمن ما فيه .

(الشرح الأحكام : قال الشافعى : ولو حل دابة أو فتح قفصاً عن طائر فوقف ثم ذهب لم يضمن لأنهما أحدثا الذهاب

وصورة ذلك أن رجلا حل دابة مربوطة أو فتح قفصا عن طائر محبوس فشردت الدابة وطار الطائر ، فهذا على ضربين

(أحدهما) أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره . فعليه الضمان إجماعا ، وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سببا والطيران مباشرة لأنه قد ألجاه بالتنفير والتهييج إلى الطيران ، وإذا انضم الى السبب إلجاء تعلق الحكم بالمسبب الملجىء سقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتص منه الحاكم بشهادتهما ثم رجعا تعلق الضمان عليهما دون الحاكم ، لأنهما ألجآه بالشهادة فسقط حكم المباشرة

(والثانى) أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير فللدابة والطائر حالتان :

(إحداهما) إن مكثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانا فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : عليه الضمان . وكذلك قال أحمد .

والحال الثانية : أن تشرد الدابة ويطير الطائر فى الحال من غير لبث ، ففى الضمان لأصحابنا وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزى وأبى على بن أبى هريرة : عليه الضمان لاتصاله بالسبب . وهو قول أبى حنيفة (والثانى) وهو ظاهر نص الشافعى فى كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإلجاء .

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان بالسبب متصلا ومنفصلا بأن أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف فوجب أن يتعلق به الضمان . ولأن كل ما تعلق به الضمان مع اتصاله بسببه جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه كالجارح ضمن إن تعجل التلف أو تأجل

ودليلنا هو أن للحيوان اختيارا يتصرف به لما يشاهد عيانا من قصده لمنافعه واجتنابه لمضاره ، ثم لما قد استقر - كما من تحريم ما قد صاده باسترساله وتحليل ما صاده باسترسال مرسله ، فاذا اجتمع السبب والاختيار تعلق الحكم على

الاختيار دون السبب كملقى نفسه مختارا من شاهق يسقط الضمان عن بانى الشاهق أو فى بئر يسقط عن حافرها . وطيران الطائر باختياره لأنه غير ملجأ . وقد كان يجوز بعد فتح القفص أن لا يطير ، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان ؛ ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس اذا فتح حبسه فكما أن فاتح الحبس لا يضمنه إن هرب كذلك فاتح القفص لا يضمن الطائر اذا طار ، ولان مثابته من فتح القفص عن طائر حتى طار بمثابة من هتك حرمة مال حتى سرق ، ثم كان كما لو فتح باب دار فيها مال فسرق لم يضمنه . وكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائر لم يضمن ، ولان فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر ، بدليل أنه لو مات الطائر فى القفص بعد فتحه لم يضمنه ، وما انتفى عنه التعدى لم يضمن به .

* * *

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة لحافر البئر يضمن ما سقط فيها ، فهو أنهما سواء ، وذاك أن من طبع الحيوان توقى المتالف . فإذا سقط فى البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره فضمن الحافر ، ولو علمنا أنه سقط باختياره بالقاء نفسه عمدا سقط الضمان عن الحافر ، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة : إلا فى أوقات الاستراحة ، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره فسقط الضمان عن فاتح القفص

ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير وجب الضمان على فاتح القفص فكانا سواء .

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل فلأصحابنا فى ضمانه اذا طار عقيب الفتح وجهان

(أحدهما) لا يضمنه ، فعلى هذا سقط السؤال فيه (الثانى) يضمنه . فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير فى الحال فيضمن ، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن هو أن الطير مطبوع على النفور من الانسان

قال الماوردى : وإذا طار فى الحال علم أنه طار لنفوره منه فصار كتنفيره إياه وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور فصار طائراً باختياره : فأما اذا أمر طفلا أو مجنوناً بإرسال طائر فى يده فأرسله فطار فهو كفتحه القفص فى أنه اذا نفره أو أمر الطفل بتنفيره ضمن وان لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه . وان طار فى الحال فعلى وجهين ، ولو كان ساقطا على برج أو جدار فرماه بحجر فنفره فطار من تنفيره لم يضمنه لانه قبل التنفير لم يكن مقدوراً عليه .

(فرع) اذا رمى رجل حجراً فى هواء داره فأصاب طائراً فقتله ضمنه سواء تعمد قتله أو لم يتعمده ، لأنه وان لم يتعمد بالرمى فى هواء داره فليس له منع الطائر من الطيران فى هوائه ، فصار كما لو رماه من غير هوائه وخالف دخول البهيمة اذا منعها بضرب لا تخرج الا به أنه لا يضمنها .

(فرع) اذا فتح رجل مراح غنم فرعت زرعا فان كان الفاتح مالكها ضمن الزرع ، وان كان غيره لم يضمن ؛ لأنه لا يلزمه حفظها ، وكذلك لو حل دابة مربوطة فأكلت شعيراً أو فولا لم يضمن لأن الدابة هى المتلفة دونه وكذا لو كسرت اناء لم يضمنه لما عللناه .

(فرع) قال الشافعى : ولو حل زقا (١) أو راوية فاندفقا ضمن الا أن يكون الزق يثبت مستنداً وكان الحل لايدفع مافيه ثم سقط بتحريك أو غيره فلا يضمن لأن الحل كان ولا جناية فيه .

وصورتها فى زق قد أوكى على ما فيه فحل الوكاء حتى ذهب مافى الزق ، فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون من أرق المائعات قواماً وأسرعها ذهاباً كالخل والزيت واللبن فهذا على ضربين .

أحدهما : أن يكون فم الزق منكسا فعليه ضمان ما فيه ، لأن الذائب مع التنكيس لا يبقى ، فكان هو المتلف له .

---

(١) الزق قارورة من الجلد يسميها عامة الحجاج زمزمية ، والوكاء الرباط ، ومنه حديث « هاتوا سبع قرب لم تحلل أوكيتهن » وحديث « العين وكاء السه » والسه الاست أو المقعدة من الانسان .

والضرب الثانى : أن يكون فم الزق مستعليا فهذا على ضربين (أحدهما) أن يميل فى الحال فيذهب مافيه فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه ، فاذا حله كان بالحل تالفا ، وليس كالدابة اذا حلها لأن للدابة اختياراً (والثانى) أن يلبث بعد الحل متماسكا زمانا ثم يميل فيسقط فلا ضمان عليه وسواء كان الزق مستندا أو غير مستند لأنه قد كان باقيا بعد الحل فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك انسان .

والقسم الثانى : أن يكون مافى الزق ثخين القوام بطىء الذهاب كالدبس (المعجوة بالعسل أو مريب التمر) والعسل القوى فاذا حل وكاؤه فاندفع يسيرا بعد يسير حتى ذهب ما فيه ، فان كان مستعلى الرأس فلبث زمانا لا يتدفق شىء منه ثم اندفع فلا ضمان ، وان اندفع فى الحال أو كان منكسا نظر ، فان لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب مافيه فعليه الضمان وان قدر على الاستدراك لسده ففى الضمان وجهان .

(أحدهما) عليه الضمان كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه ، لزمه الضمان ولا يكون قدرته على الدفع اختيارا وابراء ، كذلك هاهنا .

والوجه الثانى : لا ضمان عليه ، والفرق بينهما أنه فى القتل والتحريق ، وفى حل الوكاء غيره متسبب والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه كمن حفر بئرا فمر بها انسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها فلم يفعل حتى سقط فيها لم يضمنه الحافر .

ولو كان الزق مستعلى الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيرا يسيرا لجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب فعلى الأول ضمان ماخرج قبل التنكيس وفيما خرج بعده وجهان (أحدهما) أن ضمانه عليهما لاشتراكهما فى سبب ضمانه كالجارحين (والوجه الثانى) أن ضمانه على الثانى وحده لسقوط السبب مع المباشرة فصار كالذابح بعد الجارح يسقط ببراءة الجارح ويتوجه للذابح .

والقسم الثالث : أن يكون ما فى الزق جامدا كالسمن والدبس اذا جمدا ومريب الجزر والفواكه اذا جف ماؤهما وتبخر فينكشف بحل الوكاء أو بكشف الغطاء عن الاناء حتى تسطع عليه الشمس فيذوب ويذهب فان كان الزق أو الاناء

على حال لو كان ما فيها عند الحل أو الكشف ذائباً يعباً فى زقه وإنائه فلا ضمان عليه ؛ وإن كان لا يعبأ لو كان ذائباً فنى ضمانه وجهان . أحدهما : لاضمان عليه لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله (والوجه الثانى) عليه الضمان لأن بحله إياه وكشفه أثرت فيه الشمس فكان الحل أقوى سببا فتعلق به الضمان .

(فرع) إذا أدنى من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه فحمى فذاب وذهب فلا ضمان على واحد منهما . أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به ؛ وأما كاشف الإناء وحالّ الوكاء فلم يكن فعله جناية يضمن بها . وصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال لم يقطع واحد منهما ، لأن الأول هتك الحرز وهتك الحرز لا يجب القطع .

والثانى : أخذ مالا غير محرز وأخذ المـال من غير حرز لا يوجب القطع ؛ فإن قيل : لم يضمن إذا ذاب بالشمس فى أحد الوجهين ولم يضمن بالنار ، قيل : لأن طلوع الشمس معلوم ، فصار كالقاصد له ودنو النـار غير معلوم ، فلم يصر قاصداً له ولـكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاء هو الذى أدنى النار منه فذاب ضمن وجها واحداً بخلاف الشمس فى أحد الوجهين ، ولأن إدناء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله ، وخالف حدوث ذلك من شخصين وصار كتفرده بهتك الحرز وأخـذ ما فيه فى وجوب القطع عليه ولا يجب الضمان لو كان من شخصين ، بيد أن المصنف يقضى بأن عنده وجوب الضمان على صاحب النار قياسا على من حفر بئراً وجاء آخر فدفع اليها آخر ضمن صاحب البئر ، وفيما ذهب اليه المصنف نظر عندى والله أعلم بالصواب .

فرع

وينبنى على ما تقدم أنه إذا حل رباط سفينة وترنحت فى أحضان الموج فغرقت فهذا على ضربين (أحدهما) أن يكون غرقها فى الحال من غير لبث فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله (والضرب الثانى) أن يتطاول بها اللبث بعد الحل ثم تغرق بعد فهو على ضربين ، أحدهما : أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح — أو موج فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غـير منسوب إليه . والضرب الثانى : أن لا يظهر

حدوث سبب لتلفها ففى ضمانها وجهان (أحدهما) أنه لا يضمنها كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال (والوجه الثانى) عليه الضمان بخلاف الزق لأن الماء أحد المتلفات .

(فرع) إذا نصب رصيصا من اللبن لحرقه (قمينة) حتى يحمر آجرا فى غير المكان المخصص والوقت المناسب اللذين جرت عادة الناس بنصب الرصائص أو القمائن فيها كأن جاء فى أوقات امتلاء الأجران بحصاد الحقول فأوقد فى تنور اللبن بين الأجران أو وقت تعبئة القطن فى الأكياس فطارت شرارة من التنور إلى الأجران أو الأقطان فأحرقتها ضمن ما أتلف ، أما إذا أعد الرصيص فى أوانه ولم يكن وقت حصاد ولا جنى قطن ، وكان لآخر صومعة فيها تبن أو طعام فطارت شرارة أصابت ما فيها فاحترق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد ، وكذلك لو أروى أرضه فى دوره فتسربت المياه إلى حقل جاره لم يضمن لأنه غير متعد ، فإذا أرواها فى غير دوره - وهو الوقت المخصص له بترتيب أصحاب الحق فى المياه - ثم تسربت الى حقل جاره فأتلفته كان عليه ضمان المتلف ، أما الثوب الذى حمله الريح من منشر الجار فألقاه فى بيته فقد أسلفنا القول فى الوديعة أنه وديعة يجب المبادرة الى اعلام صاحبه به فإذا أخفاه أو تباطأ فى اعلام صاحبه أو تلكأ كان عليه ضمانه وارتفعت يده من الامان الى الضمان واذا طار فلم يعلم به صاحب الدار حتى احترق بنار فى داره أو بهيمة أكلته لم يضمنه ، ولو علم به فإن لم يقدر على منعها لم يضمن ، وان قدر على منعها فعليه الضمان ، ولكن لو زاره عند حصول الثوب فى داره فتركه ، فإن كان مالكه غير عالم به فعليه اعلامه فإن لم يعلمه فهو ضامن ، وان كان مالكه عالما به فهو غير ضامن ، فاذا هبت ريح فاجتاحته فألقته بعيدا فإن لم يستطع منعه فلا ضمان ، وان قدر على منعه من الريح فتركه ففى ضمانه وجهان .

أحدهما : لا ضمان عليه لانه لم يكن منه ما يضمن به .

والثانى : عليه الضمان كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها ، فلو أن الثوب حين أطارته الريح وقع فى صبغ لصاحب الدار فانصبغ به فلا ضمان على واحد

منهما لا على صاحب الثوب ولا على صاحب الصبغ لعدم التعدى منهما ، وفى حالة إمكان استخراج الصبغ من الثوب فاستخراجه ونقص الصبغ ونقص الثوب إن حدث نقص كل ذلك مهدر لا قيمة له فى ذمة واحد منهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصــل) إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فى تلف المغصوب ، فقال المغصوب منه هو باق . وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل فيه وجهان . أحدهما : لا يلزمه لأن المغصوب منه لا يدعيه . والثانى : يلزمه لانه بيمينه تعذر الرجوع إلى العين فاستحق البدل كما لو غصب عبدا فأبق .

(فصــل) وإن تلف المغصوب واختلفا فى قيمته ، فقــال الغاصب قيمته عشرة ، وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب . لأن الاصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ماأقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه

(فصل) وإن اختلفا فى صفته فقال الغاصب كان سارقا فقيمته مائة . وقال المغصوب منه لم يكن سارقا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل عدم السرقة . ومن أصحابنا من قال : القول قول الغاصب لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه : كان كاتبا فقيمته ألف ، وقال الغاصب : لم يكن كاتبا فقيمته مائة ، فالقول قول الغاصب ، لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة ، فإن قال المغصوب منه غصبتنى طعاما حديثا ، وقال الغاصب بل غصبتك طعاما عتيقا فالقول قول الغاصب ، لأن الاصل أنه لا يلزمه الحديث فاذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه أنقص من حقه .

(فصل) وان غصبه خمراً وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان على فالقول قول الغاصب ، لان الاصل براءة ذمته ، ولان الاصل أنه باق على كونه خمرا .

(فصل) وإن اختلفا فى الثياب التى على العبد المغصوب ، فادعى المغصوب منه أنها له ، وادعى الغاصب أنها له ، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه فى يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم

(الشرح) الأحكام . قال الشافعى : ولو غصبه جارية فهلكت فقال : ثمنها عشرة فالقول قوله مع يمينه .

قلت : قد ذكرنا أن المغصوب مضمون بأكثر قيمته فى السوق والبدن ووقت الغصب الى وقت التلف . وقال أبو حنيفة : هو مضمون بقيمته وقت الغصب اعتباراً بحال التعدى . وهذا خطأ من وجهين (أحدهما) أن استدامة الفعل كابتدائه شرعا .

أما الشرع فقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا » أى استداموا الإيمان ، وقال تعالى « اهدنا الصراط المستقيم » أى ثبتنا على الهداية اليه ، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة فى الإخبار والطلب وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب بيمين فى كل حال غاصبا . ويقال قد غصب ، وإن كان قد تقدم من الغصب

(والثانى) أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية ، فلما كانت براءة الجراح فى الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجرح : وجب أن يكون الحادث بعد الغصب فى حكم الموجود فى حال الغصب ، ثم هو فى الغصب أولى منه فى الجناية لبقاء يده فى الغصب وارتفاعها فى الجناية . وفيما ذكرناه من المعانى الماضية فى نمو البدن وزيادته دليل كاف

فإذا ثبت هذا واختلفا فى المغصوب فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) أن يختلفا فى قيمته (والثانى) أن يختلفا فى تلفه (والثالث) أن يختلفا فى مثله . فأما الضرب الأول وهو اختلافهما فى قيمته فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يكون اختلافهما فى القيمة مع اتفاقهما على الصفة ؛ فيقول المغصوب منه قيمة مالى ألف . ويقول الغاصب : قيمة مالك مائة فالقول قول الغاصب مع يمينه فى قدر قيمته لأمرين : أحدهما إنكاره الزيادة ، والشرع فى الانكار يجعل القول قول المنكر دون المدعى . والثانى : أنه غارم والقول فى الاصول قول الغارم

فإن قيل : فكلا المعنيين يفسد بالشفيع والشفيع منكر وغارم ، فالجواب عنه من وجهين . أحدهما : أن المشترى مالك فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله كما أن الغارم مالك ، ولا يغرم إلا بقوله . والثاني : أن المشترى فاعل الشراء فكان القول فيه قوله لأنه من صنعه ، وكذلك الغاصب فاعل الغصب وهو من صنعه فكان القول فيه قوله ، فحل المشترى بهذين محل الغارم وسلم المعنيان .

فإن كان للمغصوب منه بنية على ما ادعاه من القيمة سمعت وهى شاهدان أو امرأتان وشاهد أو شاهد ويمين ، فإن شهدت بينه بأن قيمة المغصوب وقت الغصب أو وقت التلف أو فيما بين الغصب والتلف كذا حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته فى هذه الاحوال كلها ، وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفا قبل الغصب لم يحكم بها لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب لكن كان بعض أصحابنا يقول : إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه ، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها وهذا غير صحيح ، لأن ما قبل الغصب غير معتبر ، والبينة فيه غير مسموعة ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له لجاز الاقتصار عليها من غير يمين ، فإن شهدت البينة بصفات المغصوب دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة لم يجز أن يحكم بها لأمرين .

أحدهما : أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل . والثاني : أن اختلافهما فى القيمة دون الصفة فلم تسمع البينة فى غير ما تداعياه واختلفا فيه .

والضرب الثاني : أن يكون اختلافهما فى الصفه فهو على نوعين أحدهما : أن تكون صفة زائدة . والثاني : أن تكون صفة نقص . فأما صفة الزيادة فقرد دعوى المغصوب منه وصورتها . أن يقول المغصوب منه قيمة سيارتى ثلاثة آلاف لأنها مرسيدس أو كاديلاك ٧ راكب موديل ٦٨ ويقول الغاصب قيمتها ألف لأنها مرسيدس أو كاديلاك سعة ٥ راكب موديل ٦٠ فالقول قول الغاصب مع يمينه لا يختلف لوجود المعنيين فيه وهما الغرم والإنكار . وأما صفة النقص فهو دعوى الغاصب وصورتها أن يقول الغاصب قيمة السيارة التى غصبتها منك

مائة لأنها مستهلكة ومحركها ضعيف وفراملها ناعمة وهى ماركة فيات أو فكسهول موديل ٠٥ فيقول المغصوب منه قيمتها ألف لأنها ليست مستهلكة ومحركها سليم وفراملها قوية ففيه وجهان لاختلاف المعنيين أحدهما أن القول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بغرمه والثانى . القول قول المغصوب منه مع يمينه تعليلا بانكاره ،

وأما الضرب الثانى وهو اختلافهما فى تلفه فصورته أن يقول المغصوب منه سيارتى باقية فى يدك ويقول الغاصب : قد تلفت وذهبت أجزاؤها فى (وكالة البلح[1]) فالقول قول الغاصب مع يمينه ثم فيه وجهان أحدهما : أنه لا شىء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفها ، لأنه لا يدعى القيمة وإنما يدعى عينها وقد حلف الغاصب على تلفها ، والوجه الثانى ، أن عليه القيمة للمغصوب منه لأنه وإن كان منكراً للتلف فيمين الغاصب ما تلفت ولا قدرة له عليها فصارت كالتالفة يلزم الغاصب قيمتها مع بقاء عينها إذا كانت باقية ،

وأما الضرب الثالث وهو اختلافهما فى مثله فعلى ثلاثة أضرب أحدها ، أن يختلفا فى صفات المثل كقول المغصوب منه غصبتنى طعاما حديثا فيقول الغاصب بل طعاماً عتيقاً أو قديما فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلا بالمعنيين من الانكار والغرم ، ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك لأنه أنقص من حقه الذى يدعيه .

والضرب الثانى . أن يختلفا فى أصل المثل كقول المغصوب منه ، لما غصبته مثل ، وقول الغاصب ، ليس له مثل فلا اعتبار باختلافهما ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام ، فان حكموا له بمثل طولب به ، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه ، والضرب الثالث أن يختلفا فى وجود المثل كقول المغصوب منه ، المثل موجود وقول الغاصب بل المثل معدوم ، فيكشف الحاكم عن وجوده ، ويقطع تنازعهما

---

(١) سوق على شاطىء النيل فى الشمال الغربى من مدينة القاهرة كانت تنزل من مرساه التمور الواردة من الصعيد الأعلى على عهد المماليك وهو اليوم سوق تباع فيه أجزاء السيارات القديمة وغيرها من الالات .

فيه ، فإن وجده ألزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً ، وإن عدمه خير المغصوب منه بين أن يصبر إلى وجود المثل فإن تعجل أخذ القيمه ثم وجد المثل بعد ذلك فلا حق له فيه وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته بخلاف الرقيق إذا أخذت قيمته ثم وجد ، والفرق بينهما أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه فلزم ردها بعد القدرة عليه ، وقيمة المثل أخذ مع العلم بالقدرة عليه من بعد فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه ، وإن جهد إلى وجود المثل ثم رجع مطالباً بالقيمة قبل الوجود فذلك له لتعجيل حقه بخلاف السلم فى الشىء إلى مدة تنقطع فيها فرضى المسلم بالصبر إلى وجوده فلا يكون له الرجوع قبله . والفرق بينهما أن تقدير وجود السلم عيب فإذا رضى به لزمه ذلك بالعقد . وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به فلم يلزم .

(فرع) ولو غصب رجل عصيراً فصار فى يده خلا رجع به المغصوب منه وبنقص إن حدث فى قيمته ، ولو صار العصير خمراً رجع على الغاصب بقيمته عصيراً لأن الخمر لا قيمة له ، وهل له أخذ الخمر أم لا ؟ على وجهين : أحدهما — وهو قول الاسفرايينى — إنه ليس له أخذه لوجوب إراقته وإتلافه . والوجه الثانى : له أخذه لأنه قد شفع بإراقته فى بئر أو مسقى حيوان ، فلو صار الخمر فى يد الغاصب خلا رجع به المغصوب منه ، وفى رجوعه عليه بالقيمه وجهان كنقص المرض إذا زال أحدهما : يرجع بالقيمة لوجوبها . والثانى — لا يرجع عليه لعدم استقرارها .

وإذا غصبه خمراً فصار فى يده خلا صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلا ذا قيمه ، فلو اختلط بعد تلفه فقال المالك : صار خلا فعليك ضمانه ، وقال الغاصب : بل تلف فى يدى خمراً على حاله فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته ، فلو صار الخمر بعد غصبه خلا ثم عاد الخل فصار خمراً ضمنه مع بقاء عينه لأنه بمصيره خمراً قد صار تالفا ، فلو عاد ثانية فصار خلا رد على المغصوب منه ، وهل يضمن قيمته مع رده على وجهين أحدهما : لا ضمان عليه لعوده الى ما كان عليه ، والوجه الثانى : عليه الضمان لاستقراره عليه فلم يسقط عنه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الشفعة

وتجب الشفعة فى العقار لما روى جابر رضى الله عنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ، ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ، ولأن الضرر فى العقار يتأبد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر .

(فصل) وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله (ص) لا شفعة إلا فى ربعة أو حائط وأما البناء والغراس ، فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله (ص) من كان له شريك فى ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن رضى أخذه ، وإن كره تركه ولأنه يراد للتأبيد فهو كالأرض ، فإن بيع منفرداً لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة واختلف أصحابنا فى النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فنهم من قال : تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت . ومنهم من قال : لا شفعة فيها ، لأن القرار تابع لها ، فاذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفى تبعها ، وإن كانت دار أسفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة ، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة فى الحصة المبيعة من العلو ، لأنه بناء منفرد ، وإن كان السقف للشركاء فى العلو ففيه وجهان ، أحدهما لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يتبع أرضا والثانى : تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه ، ويأوى إليه فهو كالأرض .

(فصل) وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الاصل لم

تؤخذ مع الاصل بالشفعة ، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الارض بالشفعة كثيران الضيعه ، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان (أحدهما) تؤخذ الثمرة مع الاصل بالشفعة ، لأنها تبعت الأصل فى البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس .

(والثانى) لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الاصل كالزرع والثمرة الظاهرة .

(فصل) ولا تثبت الشفعة إلا للشريك فى ملك مشاع ، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر رضى الله عنه قال : إنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به . فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك ، وما يحتاج الى إحداثه من المرافق . وهذا لا يوجد فى المقسوم .

(فصل) ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة . وقال أبو العباس : تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياساً على ما تجب قسمته ، والمذهب الاول ، لما روى عن أمير المؤمنين عثمان رضى الله عنه أنه قال: لا شفعة فى بئر والارف تقطع كل شفعة ، ولان الشفعه إنما تثبت للضرر الذى يلحقه بالمقاسمة ، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم .

وأما الطريق المشترك فى درب مملوك ينظر فيه ، فان كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقا يدخل فيه الى ملكه فلا شفعة فيه ؛ وان كان واسعا نظرت فان كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة فى الطريق ، لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة ، ولا ضرر على أحد فى أخذه بالشفعه فأشبه غير الطريق وان لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا شفعة فيه ، لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشترى لأنه يبقى ملكه بغير طريق ، والضرر لا يزال بالضرر

(والثانى) تثبت فيه الشفعه ، لأنه أرض تحتمل القسمه فتثبت فيها الشفعه كغير الطريق .

(والثالث) أنه إن مكن الشفيع المشترى من دخول الدار ثبت له الشفعة ، وإن لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار ، ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار .

(فصل) وتثبت الشفعة فى الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » وتثبت فى كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالاجارة والنكاح والخلع ، لأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت الشفعة فى الشقص المملوك به كالبيع

(فصل) فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعه ، لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة ، كما لو ملكه بالارث ، وإن باع من رجل شقصا فعفا الشفيع فيه عن الشفعه ثم رجع الشقص اليه بالاقالة لم تثبت فيه الشفعه ، لأنه لم يملكه بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع الى ملكه بغير بدل ، فإن باعه شقصا فعفا الشفيع عن الشفعه ثم ولاه رجلا ثبتت فيه الشفعه ؛ لأن التوليه بيع برأس المال . وإن قال لأم ولده : إن خدمت ورثتى شهراً فلك هذا الشقص ، فخدمتهم ملكت الشقص ، وهل تثبت فيه الشفعه ؟ فيه وجهان . أحدهما أنه تثبت لانها ملكته ببدل هو الخدمه فصار كالمملوك بالاجارة (والثانى) لا تثبت فيه الشفعه لأنه وصيه فى الحقيقه لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعه كسائر الوصايا ، وإن دفع المكاتب الى مولاه شقصا عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع فى الشقص شفعه أم لا ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه ، لانه بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك لا بالمعاوضه وما ملك بغير المعاوضه لا شفعة فيه (والثانى) تثبت فيه لانه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعه فلا تسقط بالفسخ بعده .

(فصل) وإن بيع شقص فى شرك الوقف ؛ فإن قلنا ان الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعه لانه لا ملك له . وإن قلنا انه يملك ففيه وجهان (أحدهما) أنه يأخذ بالشفعه . لانه يلحقه الضرر فى ماله من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق (والثانى) لا يأخذه لان ملكه غير تام ، بدليل أنه لا يملك التصرف فيه ، فلا يملك به ملكا تاما

(الشرح) قال الضياء المقدسي فى شرحه لثلاثيات المسند :

الشفعة لغة الزيادة ، لأن الشفيع يضم ما يشفع فيه إلى نصيبه فكأنه كان وتراً فصار شفعاً ، والشفيع فعيل بمعنى فاعل ، وعرفا : استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقل عنه من يد من انتقلت اليه . اه

قال الحافظ بن حجر فى الفتح : الشفعة بضم المعجمة وسكون الفاء ، وغلط من حركها ، وهى مأخوذة لغة من الشفع وهو الزوج ، وقيل من الزيادة ، وقيل من الاعانة ، وفى الشرع : انتقال حصة شريك إلى شريك كانت انتقلت إلى أجنبي بمثل العوض المسمى . اه

وقد ثبتت بالسنة والاجماع . فأما السنة فالحديث الذى ساقه المصنف عن جابر ولفظه عند مسلم والنسائي وأبى داود « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولفظه عند الترمذى وصححه « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »

ولفظه عند أحمد والبخارى وأبو داود وابن ماجه « إنما جعل النبي (ص) الشفعة » وفى رواية عند أحمد والبخارى والشافعى فى الأم « أن النبي (ص) قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وكلها عن جابر الا الشافعى فقد قال : أخبرنا مالك عن الزهرى عن سعيد ابن أبى سلمه . وقد روى عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة » رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه

أما الاجماع فقد انعقد ولم يختلف العلماء على مشروعيتها إلا ما نقل عن أبى بكر الأصم من إنكارها ، وفى ذلك يقول بعضهم : لا عبرة بقول الاصم فإنه عن الحق أصم .

قال الماوردى فى الحاوى : إن ماروى فى الشفعة وان لم يكن متواترا فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم الاجماع عليه منعقد ، والعلم بكونه شرعا واقع وليس فى التمسك بحديث « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه »

مايمنع من الشفعه لأن المشترى يعاوض عليها بما بذله فيصل إليه ولا يستحل منه

فإذا ثبت هـذا فإن الشفعه تجوز للمسلم والكافر عند الشافعى وأبى حنيفة ومالك . وخالف أحمد فقهـاء مـذهبه على أنه لا شفعة لكافر على مسلم ، قال الضياء المقدسى نص عليه أحمد قال فى الانصاف : وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب ، وبه قال الحسن البصرى والشعبى ، وقد أفاض الضياء فى شرح عمـدة الأحكام فى بيان العلة ، ووجه المذهب من جهة الدليل ، كما تفرد أبو حنيفة دون الثلاثة بوجوب الشـفعة للجار ، وهو رواية عن أحمد إلا أنها مرجوحة بالمرة حسب الأظهر من المذهب

فاذا ثبت هذا فإن الشفعه مستحقة فى عراص الأرضين . ويكون ما أثقل بها من الغراس والبناء تبعاً ، وإن كان المبيع منها مشاعا كانت الشفعه فيه على قوانين وإن كان المبيع منها محرراً فالذى عليه جمهور الناس أنها غير واجبه ، وبه قال من الصحابه عمر وعثمان وعلى فى أصح الروايتين عنه ؛ ومن التابعين سعيد بن المسيب وأبو سلمه بن عبد الرحمن وعروة بن الزبير ، ومن الفقهاء ربيعه ومالك وأحمد وإسحاق وأهل الحرمين .

وقال أبو حنيفه وصاحباه وسفيان الثورى : إن الشفعه المجوزة مستحقه للجار وليس لهم فيه سلف ، وربما أضافوه إلى ابن مسعود ؛ فان عفا الجار عنها كانت لمن يليه فى القرب ثم لمن يليه إلى آخر الجوار ، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا يجب لغير الجار الملاصق استدلالا برواية عمرو بن الشريد عن أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الجار أحق بشقصه » وروى « بسقبه » أى بقربه ، وبرواية شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض » وبرواية عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً »

وروى أبو سعيد الخدرى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره » وروى عمرو بن الشريد بن سويد عن أبيه أنه قال : قلت : يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ،

بيعت لى ، فقال ، أنت أحق بشفعة جارك يا شريد ، قالوا ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفا من سوء عشرة الداخل عليه ، وهذا قد يوجد فى الجار كوجوده فى الخليط ، فاقتضى أن تجب الشفعة للجار كوجوبها للخليط

ودليلنا مارواه الشافعى عن مالك عن ابن شهاب الزهرى عن سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه قال : الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهذا وإن كان مرسلا فمرسل سعيد عند الشافعى حسن ، ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن عن معمر عن الزهرى عن أبى سلمة عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الشفعه فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فكان من هذا الحديث دليلان :

أحدهما : قوله الشفعه فيما لم يقسم ، فكان دخول الألف واللام مستوعبا لجنس الشفعه فلم يجب فى المقسوم شفعه

والثانى : قوله فاذا وقعت الحدود فلا شفعة . فصرح بسقوط الشفعه مع عدم الخلطة ، فإن قيل: فإنما نفى الشفعه عنه بالقسمة الحادثة بعده ففيه جوابان (أحدهما) أنه محمول على عموم القسمه حادثة ومتقدمة (والثانى) أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها فى غير المقسوم . فلما أثبتها فى غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع .

وقال أبو حنيفة : تجب للجار ، ثم ساق أحاديث الموجبين لها للجار ، وهى التى أوردناها هنا . ثم قال :

وقال العلقمى فى حاشية الجامع الصغير: يحتج بهذا الحديث من أوجب الشفعه للجار — يعنى حديث: الجار أحق بصقبه — ومن لم يثبتها للجار تأول الجار على الشريك ، ويحتمل أن يكون المراد أحق بالبر والمعونة وما فى معناهما بسبب قربه من جاره .

وأجابوا عن حديث سمرة بأن أهل الحديث اختلفوا فى لقاء الحسن له . ومن أثبت لقاءه قال : إنه لم يرو عنه إلا حديث العقيقة . وقد رواه الحسن عن سمرة . وعن حديث الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا بأن شعبة قال : سها فيه عبد الملك راوى الحديث .

قال الإمام أحمد: هذا الحديث منكر. وقال ابن معين: لم يروه إلا عبد الملك وقد أنكر عليه.

وقال بعض علماء الحنفيه: يلزم الشافعيه القائلين بحمل اللفظ على حقيقته ومجازه أن يقولوا بشفعه الجوار، لأن الجار حقيقه في المجاور مجاز في الشريك وأجيب عنه بأن محل ذلك عند التجرد عن القرائن، وقد قامت القرينه هنا للمجاز فان حديث جابر صريح في اختصاص الشفعه بالشريك، وحديث أبي رافع مصروف الظاهر اتفاقا، لأنه يقتضى أن يكون الجار أحق من كل أحد حتى من الشريك، ولا قائل به، فان القائلين بشفعه الجوار قدموا الشريك مطلقا، ثم المشارك في الطريق ثم الجار على من ليس بمجاور.

(قلت) واختار شيخ الاسلام ابن تيميه ثبوت الشفعه للجار بشرط أن يكون شريكا في الطريق محتجا بآخر حديث جابر مرفوعا: الجار أحق بشفعه جاره. قال: وهذا ظاهر كلام أحمد في روايه أبي طالب حيث قال: إذا كان طريقهما واحداً شركاء لم يقتسموا، فاذا طرقت وعرفت الحدود فلا شفعه.

قلت: واختار بعض الحنابلة هذا الرأى ولكن لو استعرضنا مذهب الجمهور في نفي شفعه الجار لوجدنا أمه من الصحابه والتابعين كعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى ويحيى الانصارى وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعى وأحمد والشافعى وأبو ثور وابن المنذر.

وقال ابن شبرمه والثورى وابن أبي ليلى وأصحاب الرأى: الشفعه بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار.

ولأن الشفعه ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه.

وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجه الى مقاسمته، أو يطلب الداخل المقاسمه فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمه ملكه وما يحتاج الى احداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم. م ١٠ : ١٤

فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب ، قال الشاعر :

كوفية نازح محلتها لا أمم دارها ولا صقب

وبقية الأحاديث التي تثبت الشفعة للجار فيها مقال كما قال ابن المنذر على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإن ذلك جار على ألسنة الشعراء ، ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً ، قال الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طـالقه وموموقة ما كنت فينا ووامقه

وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج . قال حمل بن مالك : كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا كله يمكن حمل حديث أبي رافع عليه ، فاذا ثبت أن الشفعة واجبة بالخلطة دون الجوار فالكلام فيها يشتمل على أربعة أقسام .

(أحدها) ما تجب به الشفعة .

(والثاني) ما تجب فيه (والثالث) من تجب له (والرابع) ما تؤخذ به .

فأما ما تجب به فهو انتقال الملك بعقد المعاوضات والعقود على ثلاثة أقسام قسم يجب فيه العوض ، وقسم لا يجب فيه العوض ، وقسم اختلف قول الشافعي في وجوب العوض فيه ، فأما الموجب للعوض فخمسة عقود ، البيع والإجارة والصلح والصداق والخلع ، فالشفعة بجميعها مستحقة كالمبيع لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضا وسنشرح كلا في موضعه . وأما مالا يوجب العوض إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية ، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية فلا شفعة به لأن مالا ينقل الملك استحق به نقل الملك ، ومالا عوض فيه لا معوض فيه .

واختلف أصحابنا هل يغلب في ملك أم الولد للشقص حكم المعاوضات أو حكم الوصايا إذا قال لها : إن خدمت ورثتي سنة بعد موتي فلك هذا الشقص فعملت على وجهين .

أحدهما : أن حكم المعاوضات عليه أغلب لاستحقاقه بالخدمة ، فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة .

والوجه الثـانى : وهو ظاهر المذهب أن حكم الوصايا أغلب عليه لامرين .
أحدهما اعتباره من الثلث ، والثانى : ملك الشقص من لم يملك الخدمة .

وأما اختلاف قوله فى وجوب العوض فعقد الهبه اختلف قوله فى وجوب المكافأة عليها فقال فى القديم والإملاء بالوجوب : فعلى هذا تجب الشفعة بهما بالثواب الذى تجب به المكافأة ، فعلى هذا لو شرط الثواب فيها قدراً معلوما كان على قولين .

أحدهما قاله فى الإملاء : إ ـــ الهبة جائزة والشفعه فيها واجبة بالثواب المشروط ، لانها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح .

والقول الثانى : إن الهبة بشرط الثواب باطله ، والشفعه فيها ســاقطه لأن العوض فيها يجعلها بيعا والبيع بلفظ الهبة باطـل ، فهذا حكم الهبة على قوله فى القديم والإملاء ، وقال فى الجديد : ان المكافأة على الهبة غير واجبه ، فعلى هذا لا شفعة بها ، ويكون فى انتقال الملك بها فى سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث فهذا حكم الفصل .

وأما القسم الثانى : وهو ما تجب فيه الشفعه فهى عراص الارضين ومايتبعها متصلا دون غيرها ؛ وهى على ثلاثة أنواع ، أحدها ماوجب فى الشفعه معقوداً وهى عراص الأرضين المحتمله للقسمة الجبريه ، فان لم تحتملها لصغرها كطريق ضيقه وبياض يسير فلا شفعة هكذا حكاه الماوردى .

وقال أبو العبـــاس بن سريج : يجب فيه الشفعة تعليلا بسوء المشاركة ، واستدامة الضرر بها لتعذر القسمة . وبه قال أبو حنيفة . وعند الشافعى أنه لا شفعة فيها تعليلا فى وجوبها بالخوف من مؤونة القسمه وأن مالا يقسم جبراً فلا شفعة فيه لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة .

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قوله « لا شفعة فى فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة » رواه أبو الخطـاب من أصحاب الامام أحمد فى رءوس المسائل ، والمنقبة الطريق الضيقة تكون بين الدارين والركح بضم الراء ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء للسابلة والمارة ، والرهوة الجوبة تكون فى محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره .

والنوع الثانى : ما تجب فيه الشفعة تبعاً وهو البناء والغرس إن كان مبيعا مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعا للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمته الإجبار ، وإن لم يحملها لم تجب فيه الشفعة عند الشافعى ، ووجبت فيه عند أبى العباس بن سريج ، وهو قول أبى حنيفه ، وإن كان البناء والغرس منفصلا عن الأرض فى البيع فلا شفعة فيه عند الشافعى وأبى حنيفة ،

وقال مالك: يجب الشفعة فى البناء المنفرد وفى الثمار والمقاثى والمباطخ لاتصاله بعراص الارض المستحق فيها الشفعة وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم » رواه البخارى . فإذا أوقعت الحدود فلا شفعة فجعل حدود القسم شرطا فى إبطال الشفعة ، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة ، ولأن البناء والغرس تبع لاصله ، فلما لم يستحق فى الارض شفعة لخروجها عن العقد لم يجب فى البناء والغرس شفعة ، وان دخلت فى العقد ، فإذا تقرر ألا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغرس ، وكانت دار ذات علو مشترك ، وسفلها لغير الشركاء فى علوها فباع أحد الشركاء فى العلو حقه نظر فى السقف ، فان كان لأرباب السفل فلا شفعة فى الحصة المبيعة من العلو لأنها بناء مفرد ، وان كان السقف لارباب العلو فى وجوب الشفعة فى الحصة المبيعة منه وجهان .

(أحدهما) لا شفعة فيه لانه لا يتبع أرضا (والوجه الثانى) فيه الشفعه ، لان السقف كالعرصه . ولقول الشافعى فى كتاب الصلح ان السقف أرض لصاحب العلو ، ولانه اذا حاز أحدهما حصة من البناء والسقف أمكنه سكناه كالارض .

والنوع الثالث : لا تجب فيه الشفعة لا مقصودا ولا تبعا وهو سائر الاشياء سوى ما ذكرنا ، وقال عطاء بن أبى رباح : الشفعة واجبة فى كل مشترك من متاع وحيوان وغيره فى صنوف الاموال وسائر الكلام معه .

وأما القسم الثالث وهو من تجب له الشفعة فهو الخليط فى الملك المبيع دون الجار ، وقد مضى الكلام مع أبى حنيفة فى شفعة الجوار ، واذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم وبين أن يكون قليله حتى لو خالط بنسبة واحد من ألف استحق الشفعة ، واذا تعدد الخلطاء كانت بينهم على ما سيأتى .

ولا فرق بين أن يكون ملكه صار اليه بابتياع أو ميراث أو هبة أو وصية من بائع الشقص أو من غيره لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة ويتأذى بمؤونة المقاسمة . وأما اذا كانت حصة الخليط وقفاً نظر فى الوقف فان كان عاما كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو كان خاصا لا يملك كالوقف على جامع فلا يستحق به شفعة فى المبيع ، وان كان خاصا على مالك الوقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الوقف ، فأما الموقوف عليه : فقد اختلف قول الشافعى هل يكون مالكا لرقبة الوقف أم لا ؟ على قولين ، أحدهما : يستحق به الشفعة لثبوت ملكه واستضراره بسوء المشاركة والوجه الثانى : لاشفعة له لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف .

ثم الشفعة تجب للأب على ابنه وللابن على أبيه وللرجل على زوجته وللمرأة على زوجها وللسيد على مكاتبه وللمكاتب على مولاه ولا يستحقها السيد على عبده ولا على مدبره ولا على أم ولده ولا يستحقها أحدهم عليه .

وأما القسم الرابع وهو ما تؤخذ به الشفعة فهو ما جعل بدلا عن الشقص المنقول الملك من ثمن ان كان فى أجرة أو بيع أو أجرة المثل ان كان فى اجارة او مهر المثل ان كان فى صداق على ما سنفصله والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان اشترى شقصا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه فى أحد الأقوال لا يملك الشقص ، وفى القول الثانى ملكه موقوف ، فلا يعلم هل يملك أم لا ؟ وفى القول الثالث يملكه ملكا غير تام ، لأن للبائع أن يفسخه ، ولأنه اذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وان شرط الخيار للمشترى وحده فان قلنا أنه لا يملك أو قلنا أنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه فى خيار البائع وان قلنا : انه يملكه ففيه قولان أحدهما لا يأخذه ، لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار البائع . والثانى : يأخذه وهو الصحيح لأنه لا حق فيه لغير

المشترى ، والشفيع يملك اسقاط حقه ، ولهذا يملك اسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك ، فلأن يملك قبل لزومه أولى .

(فصل) وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر رضى الله عنه لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به ولم يفرق ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب .

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر على العوض أضر بالمشترى والضرر لا يزال بالضرر فان أحضر رهنا أو ضمينا أو عوضاً عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن والضمين والعوض فيه كالمبيع فى يد البائع .

(فصل) ويأخذ الشفيع بالعوض الذى ملك به فان اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فان باعه فهو أحق به بالثمن وإن اشترى شقصا وسيفا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشترى بحصته لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشترى الخيار فى فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل فى العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم ألحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيباً فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه فى بيع المرابحة فان نقص الشقص فى يد المشترى فقد روى المزنى أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال فى القديم يأخذه بالحصة واختلف أصحابنا فى ذلك فنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه فى يد البائع فان المشترى يأخذه بجميع الثمن والقول الثانى أنه يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ بعض ما دخل فى العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف . ومنهم من قال إن ذهب التأليف ولم يذهب من الأجزاء شىء أخذ بالجميع لأن الذى يقابله الثمن أجزاء العين وهى باقية فان تلف بعض الأجزاء

من الآجر والخشب أخذه بالحصة لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع لان العرصة هي الاصل وهي باقيه فان ذهب بعض العرصة أخذ بالحصة لانه تلف بعض الأصل فأخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين ومنهم من قال إن تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشترى بدل التالف وأن تلف بفعل آدمى أخذ بالحصة لانه حصل للمشترى بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين .

(فصل) وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال أحدها يأخذ بمائة مؤجلة لان الشفيع تابع للمشترى فى قدر الثمن وصفته فكان تابعا له فى التأجيل . والثانى : أنه يأخذه بسلعة تساوى مائة إلى الاجل ، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لان ذلك أكثر مما لزم المشترى ، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة ، لان الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشترى ، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته . والثالث : وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ ، لانه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لان الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة ، والسلعه ليست بمثل الثمن ولا هى قيمته فلم يبق إلا التخيير .

(فصل) وإن باع رجل فى مرضه من وارثه شقصا يساوى ألفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع فى نصفه لانه قدر المحاباة فان اختار الشفيع أن يأخذ النصف بالالف لم يكن للمشترى الخيار فى تفريق الصفقة لان الشفيع أخذه بالف وان لم يأخذه الشفيع فللمشترى أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان باع من أجنبى وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة ففيه خمسة أوجه أحدها أن البيع يصح فى نصف الشقص بالالف ، وللشفيع أن يأخذه ويبقى النصف للمشترى بلا ثمن ، لان المحاباة وصية والوصية للمشترى تصح ، ولا تصح للشفيع ، فيصير كانه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل ، ويأخذ الشفيع النصف بجميع

الثمن ، ويبقى النصف للمشترى بغير ثمن . والثانى أن البيع يصح فى نصفه بالالف لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالالف حصلت الوصية للوارث وإن دفعنا إليه النصف بالالف وتركنا النصف على المشترى ألزمنا الشفيع فى النصف أكثر مما لزم المشترى فلم يبق إلا الفسخ بالنصف ، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة ، والثالث أن البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل فى نصفه ، والرابع أنه يصح البيع وتسقط الشفعه ، لان اثبات الشفعة يؤدى إلى إبطال البيع ، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة ، وما أدى ثبوته الى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقى البيع ، والخامس وهو الصحيح أنه يصح البيع فى الجميع بالالف ، ويأخذ الشفيع الجميع بالالف ، لان المحاباة وقعت للمشترى دون الشفيع والمشترى أجنبي فصحت المحاباة له

(الشرح) قال الشافعى : وان علم يعنى بالبيع فطالب مكانه فهى له ، وإن أمكنه فلم يطلب بطلت شفعته قال الماوردى فى الحاوى : اعلم أن الشفعة تجب بالبيع وتستحق بالطلب وتملك بالاخذ ، فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين اما أن يعلم بالبيع أو لا يعلم . فان لم يعلم بالبيع فهو على حقه من الشفعه اذا علم وان تطاول به الزمان كالمشترى اذا لم يعلم بعيب ما اشترى كان على حقه من الرد اذا علم ، وأما اذا علم بالبيع فله حالان احداهما : أن يكون قادراً على الطلب . والحال الثانية : أن يكون معذوراً ، فان كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال إحداها : أن يبادر الى الطلب ، فهو على حقه من الشفعة ، ولا يحتاج الى حكم حاكم فى الاخذ بها لانها ثبتت بنص واجماع وانما يفتقر الى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب : انظرونى بالثمن واحكموا لى بالملك لم يجز ، وهكذا لو قال : احكموا لى بالملك مترافعص الثمن لم يجز أن يحكم له بالملك . لانه لا يجوز أن يزيل المشترى عن ملكه بالشفعة ويدخله على المشترى بالتأخير ، فان سأل التوقف حتى يحضر الثمن جاز أن ينظره الحاكم به يوماً أو يومين وأكثره ثلاثا ، فان جاء بالثمن كان على حقه من الشفعة وان أخره عن المدة التى أنظره الحاكم بها بطلت شفعته .

والحال الثانية : من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع أن يعفو عن الشفعة ، والعفو على ضربين صريح وتعريض ، فالصريح أن يقول : قد عفوت عن الشفعة أو تركتها أو نزلت عنها : فهذا مبطل لشفعته ، والتعريض أن يساوم المشترى فى الشقص أو يطالبه بالقسمة أو يستأجر منه أو يساميه ، فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح العفو فى إبطال الشفعه أم لا ؟ على قولين نص عليهما فى القديم (أحدهما) أنها كالصريح فى إبطال الشفعه (والثانى) إنه على حقه ما لم يصرح بالعفو لما فرق الله به فى الخطبة بين حكم التعريض والتصريح .

فأما قوله للمشترى « بارك الله لك فى صفقتك » فليس بعفو صريح ولا تعريض لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة فى صفقته ، وهكذا لو شهد للمشترى فى ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً ولا تعريضاً ، لأن الشهادة وثيقة فى البيع الذى بتمامه يستحق الشفعة . وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً

والحال الثالثة بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ أن يمسك عن الطلب . ففيه ثلاثة أقاويل :

(أحدها) وهو قوله فى الجديد والاملاء وبه تقع الفتيا أن الشفعه قد بطلت بتقضى زمان المكنة وان حق طلبها على الفور

(والثانى) أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة ، فإن طلبها الى ثلاث كان على حقه ، وان مضت الثلاث قبل طلبه بطلت قاله الشافعى فى كتاب السير قال وهذا استحسان وليس بأصل .

(والقول الثالث) أن حق الشفعة ممتد على التراخى من غير تقدير بمدة ، وبه قال فى القديم .

(قلت) فإذا قيل بالأول (الفور) وبه قال أبو حنيفة ، فإن أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه ، وإذا قيل بالثانى بتقديره بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعه موضوعه لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الأخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر ، أو فى سوء المشاركة ليصرف فكان تقديرها بثلاثة أيام يتوصل بها إلى إتمام حظه ، ولا يضر المشترى

بتأخيره بخلاف ما قال مالك من تقديرها بسنة فى رواية ابن وهب ؛ وبأربعة أشهر فى رواية غيره .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كنشطة عقال . فان أخذها فهى له وإن تركها رجع باللائمة على نفسه

(فرع) تثبت الشفعة للكافر على المسلم إذا كان شريكا لحديث جابر « لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه » وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والنخعى وإياس بن معاويه وحماد بن أبى سليمان والثورى ومالك والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى لعموم الحديث . وقال أحمد : لا شفعة لمسلم على كافر وأصح من الذمى للذمى ، وهو مروى عن الحسن والشعبى أخذ من حديث « لا شفعة لنصرانى » وهو حديث لم يصح إسناداً

ودليلنا عموم الحديث وقواعد البياعات لأنها خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

(فرع) قال الشافعى : وان اشتراها بثمن إلى أجل قيل للشفيع : ان شئت تعجل الثمن وتعجل الشفعة ، وان شئت فدع حتى يحل الأجل ، وصورتها فى رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل وحضر الشفيع مطالبا ففيه قولان (أحدهما) وهو قوله فى القديم وبه قال مالك: إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن مؤجلا فى ذمته إن كان ثقة ؛ وإن كان غير ثقة أقام ضمينا ثقة . قال الشافعى : وهذا أشبه بصلاح الناس .

ووجه هذا القول شيئان (أحدهما) أن الشفيع يدخل مدخل المشترى فى قدر الثمن وصفاته والاجل وصفاته . فاقتضى أن يأخذها بمثل الثمن وأجله . (والثانى) أن تعجيل المؤجل زيادة فى القدر تتفاضل الأثمان به وليس للمشترى أن يشتريه . وتأخير الشفيع دفع له عن حقه ، وليس للمشترى دفع الشفيع

والقول الثانى وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى حنيفة أن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتعجل أخذ الشقص وبين أن تصبر الى حلول الاجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . ووجه هذا القول شيئان (١) إن أخذ الشفعة باستحقاق والأجل يدخل فى عقود

المراضاة ولا يدخل فى الاستحقاق ما لم يكن مراضاة (ب) إن رضا البائع بذمة المشترى لا يوجب على المشترى أن يرضى بذمة الشفيع ، ولذلك حل دين الميت لأن رضى ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه

فإذا تقرر توجيه القولين فللمشترى والشفيع أربعة أحوال (أحدها) أن يعجل الشفيع الثمن فيجبر المشترى على تسليم الشقص على القولين معاً ، لأنه قد تعجل مؤجلا وأمن خطراً .

والحال الثانية أن يرضى المشترى تسليم الشقص وتأجيل الثمن فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً ، لأنه قد يتعجل منافع الشقص حتى لا يستضر بتعجيل الثمن ، فإن لم يفعل وانتظر لأخذه بحلول الأجل بطلت شفعته على قوله فى القديم ، وفى بطلانها على الجديد وجهان . أحدهما وهو قول ابى العباس بن سريج أنه على شفعته إلى حلول الأجل ، لأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به . والوجه الثانى وهو الأصح : أن شفعته قد بطلت لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقا بالمشترى فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع . والحال الثالثة : أن يدعو المشترى الى تعجيل الشىء وتسليم الشقص ، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً ؛ لأن تعجيل المؤجل استزادة فى الثمن والمشترى ممنوع من الاستزادة فيه ، فلو قال المشترى : أنا أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل لم يجز لأمرين :

(أحدهما) أنه مفض الى الربا (والثانى) أن ما استحق تأجيله لم يلزم تعجيله

والحال الرابعة : أن يطالب الشفيع بالشقص معجلا ، ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل فهى مسألة القولين ، فعلى قوله فى القديم يجاب الى ذلك إن كان ثقة أو بضمنه ثقة ، فعلى هذا لو مات المشترى حل ما عليه من الثمن ولم يحل ما على الشفيع منه وكان باقياً إلى أجله ، ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن والمشترى أن يتعجله وما عليه باق الى أجله ، ولو كان المشترى قد دفع الثمن رهنا لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً ، لأن الرهن وثيقة فى الثمن ، وليس فى جملة الثمن وعلى قوله فى الجديد يمنع من الشقص الى حلول الاجل والمشترى ممكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع ما لم يستهلك ، لأن تعلق حق

الشفيع به لا يزيل ملك المشترى عنه فلا يمنع من التصرف فى ملكه إلا بما يفضى إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف وليس البيع استهلاكا لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأى العقدين شاء فلو مات المشترى حل ما عليه من الثمن وكان للشفيع أن يصبر إلى حلول الآجل ، ولو مات الشفيع كان لورثته أن يصبروا الى حلول الآجل لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته بخلاف القول الاول

(فرع) لو باع الرجل فى مرض موته شقصا بألف درهم وهو يساوى ثلاثة آلاف حاباه فى ثمنه بألفين فللمشترى وللشفيع ثلاثة أحوال : إحداهن أن يكونا أجنبيين من البائع ، والثانية أن يكون المشترى وارثا والشفيع أجنبيا ، والثالثة أن يكون المشترى أجنبيا والشفيع وارثاً . فأما الحال الاولى فلا تخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص أو لا ؛ فإن كان يملك ما لاتخرج المحاباة من ثلثه صحت المحاباة وأخذ المشترى الشقص بألف درهم وللشفيع أن يأخذه منه بالالاف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصا كان أو غاليا ، وإن كان البائع لا يملك غير الشقص فللمشترى الخيار فى أن يأخذ عن الشقص بألف درهم أو يرد ليحصل له نصف المحاباة ، وهى ألف تكون ثلث التركة ويرجع الى الورثة ثلث الشقص وقيمته ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً فيصير مثلى المحاباة بالالاف ثم للشفيع أن يأخذ بالالاف ثلثى الشقص الصائر للمشترى بالالاف .

أما الحال الثانية : وهو أن يكون المشترى وارثا والشفيع أجنبيا فالمحاباة باطلة ، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارث والمشترى بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألف وبين أن يرده ، فإن أخذ منه بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالالاف ، وان رده المشترى عرض على الشفيع قبل رده ، فإن رضى أن يأخذ ثلث الشقص بألف كان أحق وبطل رد المشترى لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع فوصل الى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده ، كالمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضى الشفيع ، ويكون عهدة الشفيع على المشترى ، فلو أن باقى الورثة أجازوا للوارث محاباته وأعطوا الشقص كله بالألف جاز . وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قولين فى اجازة الورثة هل تكون عطية أو إمضاء ؟

(أحدهما) أنه امضاء فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالالف (والثانى) أنه ابتداء عطية فعلى هـذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشترى ثلثاه لأنها عطية له خالصة . وأما الحال الثالثة وهو أن يكون المشترى أجنبيا والشفيع وارثا ، فالمحاباة وهى ألفا درهم ثلاثة أحوال : حال يحتمل الثلث جميعها ، وحال لا يحتمل شيئا منها ، وحال يحتمل الثلث بعضها : فإن لم يحتمل الثلث شيئا منها لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشترى الخيار فى أخذ ثلث الشقص بالالف أو رده ، فإن أخذه كان الشفيع أحق به ، وإن كان وارثا لأنه لا محاباة فيه . وان احتمل الثلث جميع المحاباة لأنه ذو مال تخرج الالفان من ثلثه فالمحاباة بثلثى الشقص . وان احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص . وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج :

(أحدها) أنها جائزة للمشترى والشفيع لأن المشترى مقصود بها فصحت له ، والشفيع داخل عليه فوجبت له . فعلى هذا يأخذ المشترى ثلثى الشقص بألف درهم وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف ويرجع الثلث على الورثه مع الالف الصائر اليهم ثمنها

والوجه الثانى : أن المحاباة جائزة للمشترى دون الشفيع ، لأن المشترى ممن تصح محاباته — وهو بها مقصود — والشفيع ممن لا تصح محاباته ، وهو بها غير مقصـود .

فعلى هذا يأخذ المشترى ثلث الشقص بألف . وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف ويرجع الى الورثه الثلث . فيصير الشقص أثلاثا : ثلثه للورثه ، لأن الثلث لا يحتمل ، وثلثه للمشـترى لأنها محاباة له ، وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التى لا تصح له .

والوجه الثالث : أن المحاباة باطلة للمشترى وللشفيع جميعا ، لأنها قد تفضى الى الشفيع الذى لا يملكها وهى مقترنة بالمبيع الذى لا يجوز أن يفرد عنها ، فعلى هذا للمشترى أن يأخذ ثلث الشقص بالالف . وللشفيع أن يأخذه منه بالالف ويرجع الثلثان على الورثه .

والوجه الرابع أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفى الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشترى واستحق الشفيع المحاباة بشفعته ، لأنها ليست محاباة من المشترى ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترى الشقص بعرض فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله . لأنه من ذوات الامثال ، فأخذ به كالدراهم والدنانير وإن لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لان القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذى وجب عند وجوب الشفعة وان اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيبا ورده أخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشترى بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص فيه وجهان أحدهما لا يتراجعان لان الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده والثانى يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشترى على الشفيع وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشترى لانه استقر الشقص على المشترى بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وان وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشترى بالارش نظرت فإن أخذ المشترى من الشفيع قيمة العبد سليما لم يرجع عليه بالارش لان الارش دخل فى القيمة وإن أخذ قيمته معيبا فهل يرجع بالارش فيه وجهان أحدهما لا يرجع لانه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذى استقر عليه العقد . والثانى يرجع بالارش لانه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع .

(فصل) وان جعل الشقص أجرة فى إجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة فإن جعل صداقا فى نكاح أو بدلا فى خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد وان جعل متعة فى طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر .

(فصل) والشفيع بالخيار بين الاخذ والترك لأنه حق ثبت له لدفع الضرر

عنه تخير بين أخذه وتركه وفى خياره أربعة أقوال قولان نص عليهما فى القديم أحدهما أنه على التراخى لا يسقط إلا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله بعنى أو قاسمنى وما أشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه فى تأخيره فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار فى القصاص والثانى أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشترى إلى الحاكم ليجبره على الاخذ أو العفو لانا لو قلنا أنه على الفور أضررنا بالشفيع لانه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ فى الاخذ أو يأخذه والحظ فى الترك فيندم وإن قلنا أنه على التراخى إلى أن يسقط أضررنا بالمشترى لانه لا يقدر على التصرف والسعى فى عمارته خوفا من الشفيع فجعل له الى أن يرفع الى الحاكم ليدفع عنه الضرر .

والثالث نص عليه فى سير حرملة أنه بالخيار الى ثلاثة أيام لانه لا يمكن أن يجعل على الفور لانه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخى لانه يستضر به المشترى فقدر بثلاثة أيام لانه لا ضرر فيه على الشفيع لانه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ فى ثلاثة أيام ولا على المشترى لانه قريب .

والرابع نص عليه فى الجديد أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال الشفعة لمن واثبها وروى أنه قال الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها . فعلى هذا ان أخر الطلب من غير عذر سقط لانه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وان أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو اغلاق باب فهو على شفعته لانه ترك الطلب لعذر وان قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لان السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعه وان قال بارك الله فى صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعه لم تسقط لان الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعه لانه يجوز أن يكون دعاء للصفقه بالبركة لانها أوصلته الى الاخذ بالشفعه وان قال صالحنى عن الشفعه على مال لم يصح الصلح لانه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفى شفعته وجهان أحدهما تسقط لانه أعرض عن طلبها من غير عذر والثانى لا تسقط لانه تركها على عوض ولم يسلم له العوض

فبقى على شفعته فان أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان أحدهما تسقط لانه ترك الاخذ الذى يملك به من غير عذر والثانى لاتسقط لانه استحق الشقص بمثل الثمن فى الذمه فاذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقى الاستحقاق كما لو اشترى شيئاً بثمن فى الذمه ووزن فيه مالا يملك .

(الشرح) قال الشافعى وللشفيع الشفعة بالثمن الذى وقع به البيع ، وهـذا كما قال : وإنما أخذه بالثمن لرواية بعضهم ذلك عن النبى (ص) نصا ، ولأنه يدخل مدخل المشترى فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذه المشترى ، ولان عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة ، إما أن يأخذه بما يرضى به المشترى ، وفى ذلك ضرر على الشفيع لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن ، وإما أن يأخذه بالقيمة فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشترى وقد يكون أكثر من الثمن فيستضر الشفيع ، وإذا بطلت هذه الأحوال فثبت أخذه بالثمن .

فإذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالثمن فلا يخلو أن يكون الثمن مما له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير أو مما لا مثل له كالحيوان والعروض ، فإن كان مما له مثل أخذه بمثله جنساً وصفة وقدراً ، وإن كان مما لا مثل له أخذه الشفيع بقيمته فى أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشترى له إلى البائع ، لأنه إن زاد فالزيادة حادثة فى ملك البائع لم يتناولها العقد ، وإن نقص فالنقصان مضمون على المشترى لخروج من العقد .

فلو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشترى إلى البائع فوجدها البائع زيوفاً فهو بالخيار بين أن يسامح وبين أن يبدلها ، فإن رضى بها فللشفيع أن يأخذ الشقص بألف درهم جياد ، أو لو كان الثمن حيواناً فاعور الحيوان فى يد المشترى فللبائع الخيار بين فسخ البيع فى الحيوان وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع فإن رضى بالعور أخذه الشفيع بقيمة الحيوان أعور . وقال أبو حنيفة : يأخذه بقيمته سليما كما يأخذه بمثل الالف جياداً ، لانه ليس الرضا بالعيب الحادث خطأ فى الثمن وهذا خطأ ، لان رضاه بعيبه رضا منه بأنه هو الثمن بعينه والفرق بين الحيوان والالف أن عور الحيوان لما أحدث له خياراً فى فسخ البيع صار الحيوان

الأعور ثمنا وزيافة الدراهم لا تحدث له خياراً فى فسخ البيع ، وإذا استحق أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له .

(فرع) إذا اشترى شقصا من دار بمائة دينار ثم وجد به عيباً نقصه عشر الثمن فصالحه البائع عن العيب على شىء كذباع صغير أو كبش ثم حضر الشفيع فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً لأن المشترى قد استرجع العشر أرشاً ، فإن استحق الذباع أو الكبش من يد المشترى أو ردها بخيار شرط أو عيب نظر ، فإن دفع البائع إلى المشترى العشرة التى هى أرش العيب فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن ولا مطالبة بينه وبين الشفيع ، وإن امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع لم يجبر على بذل الأرش ، وقيل للشفيع : إن دفعت إلى المشترى عشرة لتتم المائة التى دفعها ثمناً جمعت لك الشفعة ، وإن امتنعت لم تجبر على دفعها ولزمك رد الشقص على المشترى واسترجاع التسعين التى دفعتها ، فإذا عاد الشقص إلى المشترى كان بالخيار بين أن يأخذه معيبا بالمائة كلها وبين أن يرده ، فإن رضى بأخذه بالمائة فلا شفعة للشفيع إن عاد يريدها لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها فلو أن الشفيع أنكر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشترى كان القول قول الشفيع مع يمينه على العلم دون البت ولا يصدقان فى الازدياد عليه ، فان نكل الشفيع حلف المشترى دون البائع لأنه هو المتروك لنقص العيب ، فان حلف كان الشفيع مخيراً بين دفع العشرة تكملة المائة أو الرد .

(فرع)

وقال الشافعى : فان تزوجها على شقص فهو للشفيع بقيمته وهذا كما قال : إذا تزوجها على شقص أصدقها وجب فيه الشفعة وهكذا لو خالعها عليه ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة فيه استدلالا بأمرين .

أحدهما : أنه مملوك بغير مال فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث .

والثانى : أن البضع لا يقوم إلا فى عقد أو شبهة عقد ، وليس بين الشفيع وبينهما ما يوجب تقويم بضعها .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم : الشفعة فيما لم يقسم ؛ ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولانه معنى وضع لرفع الضرر عن الملك فوجب أن يثبت فى الصداق كالرد بالعيب ، ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشترى فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاستحقاق ولان كل عضو استحق فيه إقباض الشقص معاوضة ، استحق به إقباضه بشفعة كالبيع ، ولان كل قبض وجب فى عقد البيع وجب فى عقد الصداق كالقبض الاول وبيانه أن فى البيع قبضين ، قبض المشترى من البائع وقبض الشفيع من الزوجة

وأما الجواب عن قوله : إنه مملوك بغير مال فهو أن البضع فى حكم الأموال لامرين . أحدهما : أنه يعاوض عليه بمال فى الصداق والخلع ، ومالم يكن فى حكم الاموال فلا يجوز أن يعاوض عليه بمال .

والثانى : أنه معتبر فى اغتصابه بالمال ومالم يكن مالا لم يقوم فى استهلاكه بالمال ؛ ثم المعنى فى الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل فلم تجب فيه الشفعة ، والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعه .

واما الجواب عن قوله : ان البضع لا يقوم الا فى عقد أو شبهة عقد فهو أنه غير مسلم لأن المغتصبه مقومة البضع عندنا على غاصبها والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود اذا رجعوا للزوج دونها ؛ فصار بضعها مقوما فى غير عقد وشبهته فى حقها وحق غيرها فلم يمنع من تقويمه فى شفعة صداقها .

فإذا ثبت وجوب الشفعه فى الصداق والخلع فمذهب الشافعى أنه مأخوذ بمهر المثل . وقال مالك وابن أبى ليلى يؤخذ بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعى فى القديم لان المهر قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع ، وهذا فاسد من وجهين ، أحدهما : وجود هذا المعنى فى الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ، ثم لم يمتنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع فى الصداق أن يؤخذ بقيمه البضع ، والثانى : أن مالا مثل له من الاعواض يوجب الرجوع الى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب ، كذلك البضع الذى لا مثل له يوجب الرجوع الى قيمته من المهر دون الشقص والله اعلم .

(فرع) مضى كلامنا فى الخيار للشفيع بين الاخذ والترك والمدة التى يجوز له فيها الرد ، ونزيد البحث فنقول :

إذا قيل بأن حق الشفعه مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة فوجهه أن الشفعه موضوعه لارتفاق الشفيع بها فى التماس الحظ لنفسه فى الاخذ والترك والاختيار والمشترى فى حسن المشاركة ليقر أو فى سوء المشاركة ليصرف . وقلنا إنه لو روعى فيه الفور ضاق على الشفيع ، ولو جعل على التأبيد أضر بالمشترى فاحتاج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى إتمام حظه ولا يستضر المشترى بتأخيره فكان أولى الامور تقديرها بثلاثة أيام لأمرين :

أحدهما : أن الثلاث حد فى الشرع لمدة الخيار . والثانى أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة . ألا ترى أن الله تعالى قد قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثا، فقال : تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ، ذلك وعد غير مكذوب ، وقد أذن النبى صلى الله عليه وسلم أن يقيم بمكة بعد قضاء نسكه ثلاثا ، فعلى هذا لو حصل فى خلال الثلاثة الايام زمان يتعذر فيه المطالبه لم يحتسب به منها ، ولقوله من زمان المكنه ثلاثه أيام يتمكن جميعها من المطالبه ، فإذا قيل بأن حق الشفعه على التراخى فوجهه قوله صلى الله عليه وسلم « فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤديه » فكان على عموم الاوقات . ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون ولأن تأخير الشفعه أرفق بالمشترى فى حصول المنفعه وتملك الاجرة ، فعلى هذا الذى يسقط حقه من الشفعه ثلاثه أقاويل .

(أحدها) العفو الصريح دون غيره من التعريض ، وليس للقاضى أن يقطع خياره إذا رفع اليه . لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق وكالديون .

والثانى : أن شفعته تسقط بأحد أمرين : إما بالعفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا .

والقول الثالث : أن شفعته تسقط بأحد ثلاثه . أحدها العفو الصريح أو بما يدل عليه من التعريض أو بأن يتحاكم المشترى الى القاضى فيلزمه الاخذ أو الترك فإن أخذ وإلا حكم عليه بإبطال الشفعه . لأن القاضى مندوب إلى فصل الخصومات

فإذا تقرر ما وصفنا وأخـذ الشفيع الشقص بالشفعه لم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث ، وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم : أحدهما له خيار المجلس لأنه يوافق عقد البيع . والثاني لا خيار له لأنه يملك الشقص ملك إجبار لا عن مراضاة . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فان لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الاشهاد فهو على شفعته ، لأنه ترك بعذر ، وان قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه (أحـدها) وهو قول القاضي أبي حامـد أنه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك

(والثاني) وهو قول أبي على الطبري أنه لا تسقط ، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر ، وإن كان بغير عوض احتـاج الى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة

ومن أصحابنا من قال : إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر ، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر ، وان عجز عن التوكيل وقدر على الاشهاد فلم يشهد ففيه قولان (أحـدهما) تسقط شفعته لأن الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة ، فإذا لم يفعل سقطت شفعته (والثاني) لا تسقط لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة

(فصـــل) وإن قال أخرت الطلب لأني لم أصدق ، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق ، وان أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط لأنه ليس ببينة (والثاني) تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الاخبار فوجب تصديقهم فيه

(فصـل) فإن قال المشترى اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر ، وهو انه لا يرضاه بمائه

أو ليس معه مائة . وإن قال اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة ، وإن قال اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته لأنه لم يرض بترك الجميع ، وإن قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة . لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة .

وإن قال اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الاخر فهو على شفعته لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده أو لحاجته اليه . وإن قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان أنه كان وكيلا فيه . وإنما المشترى غيره ، فهو على شفعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل ، ولا يرضى مشاركة الموكل .

(فصل) وإن وجبت له الشفعة فباع حصته ، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته ، لأنه ليس له ملك يستحق به ، وإن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان (أحدهما) تسقط لأنه زال السبب الذى يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذى يخاف الضرر بسببه (والثانى) لا تسقط لأنه وجبت له الشفعه والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده .

(فصل) ومن وجبت له الشفعه فى شقص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض ، لأن فى ذلك اضراراً بالمشترى فى تفريق الصفقه عليه . والضرر لا يزال بالضرر ، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته لأنه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص . وان اشترى شقصين من أرضين فى عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الاخر ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، وهو الأظهر لما فيه من الاضرار بالمشترى فى تفريق الصفقه عليه . (والثانى) يجوز لأن الشفعه جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر فى أحدهما دون الاخر ، فان كان البائع أو المشترى اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الاخر ، لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان ، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الاخر كما لو اشتراه فى عقدين متفرقين

(فصل) وإن كان للشقص شفعاء نظرت فإن حضروا وطلبوا أخذوا ، فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان (أحدهما) أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرءوس ، وهو قول المزني ، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع ، فإذا اجتمعوا تساووا كما لو تساووا في الملك (والثاني) أنه يقسم بينهم على قدر الانصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان ، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه . لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشترى ، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم ، لأن ذلك عفو وليس بهبة . وإن حضر بعضهم أخذ جميعه ، فإن حضر آخر قاسمه ، وإن حضر الثالث قاسمهما ، لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض ، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده ، بأن كان نخلا فأثمرت ، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار ، لأن الثمار حدثت في ملك الحاضر فاختص بها ،

وإن قال الحاضر : أنا آخذ بقدر مالى لم يجز ، وهل تسقط شفعته فيه وجهان أحدهما : وهو قول أبو على بن أبى هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه . والثانى : وهو قول أبى إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر ، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه . والترك للعذر لا يسقط الشفعة ، كما قلنا فيمن أظهر له المشترى ثمناً كثيراً فترك ثم بان بخلافه

(فصل) وإن كان المشترى شريكا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثانى أن يأخذ الجميع لأن المشترى أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع — كما لو كان المشترى أجنبياً — وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع ؛ لأنا لو قلنا انه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشترى بالشفعة ، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه ، والمذهب الاول ، لأن المشترى لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة ، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع ، ويبقى الباقى على ملكه

(فصل) وان ورث رجلان من أبيهما داراً ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففي الشفعة قولان . أحدهما أن الشفعة بين الاخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان للمشترى فاشتركا فى الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد

(والثانى) أنها للاخ دون العم لان الاخ أقرب اليه فى الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان ،

أحدهما . يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الاخ عليه لأنه أقرب فى الشركة فاذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق فاذا عفا ولى الاول قتل بالثانى : والوجه الثانى أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده .

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين ، وعفا شريكاه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشتريين نصيبه ، فعلى القولين (أحدهما) أن الشفعة المشترى الآخر لانهما ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الاخران ملكاه بسبب سابق الملك المشتريين (والثانى) أنها بين الجميع لان الجميع شركاء فى الملك فى حال وجوب الشفعة ، وان مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الاختين نصيبها ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال : هى على القولين .

أحدهما : أن الشفعة للأخت لانها ملكت مع الاخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر .

والثانى : أن الشفعة بين البنات والاخت لان الجميع شركاء فى الملك : ومنهم من قال : إن الشفعة بين البنات والاخت قولا واحداً ، لان الجميع ملكن الشقص فى وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضا .

(الشرح) قال الشافعى : فان علم وأخر الطلب فان كان له عذر من حبس أو غيره فهو على شفعته والا فلا شفعة له ، ولا يقطعها طول غيبة ، وانما يقطعها أن يعلم فيترك ، وهذا كما قال : اذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب اما لغيبة أو مرض أو حبس فله ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يقدر على التوكيل ، فان وكل كان على حقه من الشفعة بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز وكان على شفعته ، لان من ثبت له حق فله الخيار

فى استيفائه بنفسه أو بوكيله ، وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه يكون التوكيل واجباً وشرطاً فى بقاء شفعته أم لا ؟ على ثلاثة أوجه .

أحدها وهو قول أبى حامد المروروذى فى جامعه : إن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب .

والوجه الثانى وهو قول أبى على الطبرى فى إفصاحه : إن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض ، لأن بذل العوض التزام غرم .

والوجه الثالث وهو قول بعض المتأخرين : إن وجد متطوعا بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر ، وإن لم يجد إلا مستجعلا — والمستجعل طالب الجعالة لم يجب عليه التوكيل لما فيه من التزام زيادة على الثمن ، فعلى هذا إن قيل بوجوب التوكيل بطلت شفعته ان لم يوكل ، وان قيل : انها غير واجبة كان على شفعته .

والحال الثانيه : أن يعجز عن التوكيل ويقدر على الاشهاد بالطلب ، فعند أبى حنيفة أن الاشهاد شرط فى استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب ومع العجز عنه وانه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلت الشفعة ، وعند الشافعى أن الاشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب ، لأن الإشهاد انما يراد ليكون بينة له على ارادة الطلب فاستغنى عنه بظهور الطلب ، فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب ففيه قولان .

أحدهما وهو ظاهر نص الشافعى أن الاشهاد ليس بواجب ، وهو على شفعته ان ترك كالقادر على الطلب .

والقول الثانى : أن الاشهاد واجب ، وتركه مبطل للشفعة ، والفرق بين القادر على الطلب والعاجز عنه أن ظهور الطلب من القادر عليه يغنى عن الاخبار بمراده ، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون امساكه تركاً للشفعة ، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر الى نفى الاحتمال فى الاخبار عن مراده بالاشهاد فعلى هذا يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم وهو أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهداً وامرأتين ؛ فإن أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام

من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالاشهاد . ولو أشهد عبداً أو صبياناً أو فساقاً لم يجزه .

وقال أبو حنيفة : يخرجهم به اشهادهم لأنه قد يعتق العبيد ويرشد الفساق ويبلغ الصبيان وهذا خطأ ؛ لأن مقصود الشهادة هو الأداء ، فلم ينفع اشهاد من لا يصح منه الأداء ، وليس ما ذكره من جواز انتقالهم من أحوالهم بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم ، فلو يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الاشهاد فى ثبوت الشفعة .

والحال الثالثة : أن يعجز عن التوكيل والاشهاد فهو على حقه من الشفعة ، وان تطاول به الزمان مالم يقدر على القدوم للطلب ، فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود فى الناقب والمسير من غير ارهاق ولا استعجال كان على شفعته ، وان أخر قدومه عن وقت المكنة بطلت شفعته ، قال الماوردى : فإن اختلفا فقال المشترى تأخرت مع القدرة عليه ، وقال الشفيع : تأخرت للعجز عنه فالقول قول الشفيع مع يمينه اذا كان ما قال ممكنا ويكون على شفعته ولم يقبل قول المشترى فى ابطالها ، وهكذا لو قال المشترى : قدمت بغير المطالبة ، وقال الشفيع : قدمت للطلب كان القول قوله مع يمينه ، وهو على شفعته .

(فرع) وهكذا لو قال المشترى : تقدم علمك على زمان الطلب ، وقال الشفيع لم أعلم الا وقت الطلب فالقول قول الشفيع مع يمينه ، فأما مايصير به عالما فالبينة العادلة ، وكل جهر طرق سمعه صوته ووقع فى نفسه ، ولو من امرأة أو عبد أو كافر لأن ما تعلق بالمعاملات يستوى فيه خبر الحر والعبد والعدل والفاسق اذا وقع فى النفس أن المخبر صادق .

وقال أبو حنيفة : لا يصير عالما الا بالبينة العادله لأن الحق لا يثبت الا بها فلو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله باستحقاق الشفعه ففى بطلانها وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى الامة اذا أعتقت تحت عبد وأمسك عن الفسخ لجهله باستحقاقه .

(فرع) اذا باع بمصر شقصا من دار بدمشق وحضر الشفيع فأخر طلبها مع

القدرة عليه ليأتى دمشق فيطالبه بها بطلت شفعته لأن قدرته على أخذها بدمشق كقدرته على أخذها بمصر . ولكن لو أنكر المشترى بمصر أنه خليط فأخرها ليقيم البينة فى دمشق كان على شفعته إذا لم يجد بينة بدمشق

قال الماوردى واختلف أصحابنا فيمن شهد به البينة فى استحقاق الشفعة على وجهين : أحدهما أنه لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك ، وبه قال أبو حنيفة لئلا ينتزع ملكا بأمر محتمل

والوجه الثانى : أنه يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليـــد ، وبه قال أبو يوسف ، لأنها حجة فى الملك ، لكن يحلف الشفيع مع بينته أنه مالك ، ثم يحكم له بالشفعة .

وإذا عرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره ثم بيع فله المطالبة بالشفعة ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث . فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء كان عفوه باطلا وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء لأنه عفا عنه قبل استحقاقها فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه .

فإذا صالح الشفيع المشترى على مال يأخذه منه عوضا على تركه الشفعة لم يجز وكان صلحا باطلا وعوضاً مردوداً ، كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين أو شرط .

وفى بطلان شفعته بذلك وجهان (أحدهما) أنها قد بطلت لأنه تارك لها .

والوجه الثانى : أنها لم تبطل لأن الترك مشروط بعوض فلما بطل العوض بطل الترك . وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة لم يتبعض العفو ، وفيه وجهان . أحدهما أن العفو باطل وهو على حقه من الشفعه فى الكل ، لأن العفو لما لم يكمل بطل ، وبه قال أبو يوسف

والوجه الثانى وهو قول أبى العباس بن سريج أن العفو صحيح فى الكل تغليبا لما ظهر من حكم التسليم ، وبه قال محمد بن الحسن

(فرع) اذا وجبت الشفعة بخليط فباع حصته قبل الاخذ أو الترك لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين ، إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعه أو بعد العلم بها ، فإن باع حصته بعد العلم بالشفعة فلا شفعة له ، لأن المعنى الموجب لها من سوء

المشاركة والخوف من مئونة القسمة قد ارتفع بالبيع وزوال الملك . فعلى هذا لو باع بعض حصته فى بطلان شفعته وجهان مخرجان من العافى عن بعض شفعته .
أحدهما : أنها لا تبطل وهو على حقه منها لأنها لا تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره . فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته فى بطلان الشفعة وجهان .
أحدهما : وهو قول أبى العباس بن سريج إن شفعته قد بطلت لأنه باع الملك المقصود بالشفعة كما له منافعه . والثانى حكاه أبو حامد الاسفرايينى أنه على شفعته لأنه قد ملكها ، وليس فى بيعه قبل العلم عفو عنها . والوجه الأول أصح

فإذا علم بالمبيع وقيل له إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة ثم بان أن الثمن مائة دينار كانت له الشفعة ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ، وهكذا لو قيل له إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة ثم بان أنه ألف درهم كان على شفعته .

وقال أبو يوسف : إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفعة له ؛ وان كانت قيمته أقل فله الشفعه ، وقد خطأ أصحابنا هذا .

وإذا تعدد الشفعاء فقد قال الشافعى : اذا حضر أحد الشفعاء أخذ الكل بجميع الثمن ، فأن حضر الثانى أخذ منه النصف بنصف الثمن ، فان حضر الثالث أخذ منهما الثلث بثلث الثمن حتى يكونوا فى ذلك سواء . وصورتها فى دار بين أربعة شركاء باع أحدهم حصته على غير شركائه فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة ، فان كانوا حاضرين وطلب بعضهم الشفعة دون بعض فيعطى الطالب وتبطل الشفعة لمن عفا ، وللطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته وليس له أن يبعض ويأخذ الثلث لما فيه من تفريق الصفقة

فاذا كانوا جميعاً غائبين فهم على حقوقهم من الشفعة ما لم يكن منهم عفو ، فاذا ادعى المشترى على أحدهم العفو عن شفعته لم تسمع دعواه ، لأن للآخرين أن يأخذا الجميع فلم يكن لدعواه معنى ؛ ولكن لو ادعى شريكان على الثالث منهم العفو سمعت دعواهما لما فيه من توفر حقه عليهما وأحلف لهما ولم تسمع شهادة المشترى عليه بالعفو لما فيها من شفعة عن مطالبته

ولو ادعى المشترى على الثلاثة كلهم العفو كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا

ردت اليمين عليه وسقط حقهم من الشفعة ، فان حلف أحد الثلاثه ونكل إثنان منهم لم ترد أيمانهما على المشترى بنكولهما ، لأن عفو بعض الشفعاء مما يوجب الترك على المشترى وبأخذه من لم يعف ثم لا يقضى للحالف بالشفعة فى الكل الا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا ، فاذا حلف أخذ كل الشقص وإن نكل أخذ منه قدر حصته وأخذ الناكلان منه قدر حصته .

وقال الشافعى : إذا كان الاثنان اقتسما كان للثالث نقض قسمتهما ، وهذا كما قال : اذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء فحضر إثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث منعا من قسمته لأن فى الشقص حقا لشريكهما الغائب مع السهم الذى له بقديم ملك . فان اقتسماه كانت القسمة باطلة : فلو حضر فعفا عن الشفعه لم تصح القسمة المتقدمة لفسادها

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة لم يمنعا من ذلك لحق الغائب وقدرته على أخذه بأى العقدين شاء ، فاذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذ بالشفعتين وبين أن يأخذ بالاولى ويعفو عن الثانيه ، وبين أن يأخذ بالثانية ويعفو عن الاولى . فان أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالاولة ثلث الشقص وبطل البيع فيه وأخذ بالثانيه نصف الباقى وهو ثلث الشقص ، لأنه أخذ شفعتين فحصل له ثلث الشقص بالشفعتين

وإن أراد أن يأخذ بالشفعه الثانيه ويعفو عن الاولة صح البيع فى الجميع وأخذ نصف الشقص كله لأنه أخذ شفعتين . وإن أراد أن يأخذ بالشفعه الاولة ويعفو عن الثانيه أخذ ثلث الشقص لأنه أخذ ثلث الشفعه . فان أحب أن يأخذه بشفعته الثانيه صح البيع فى الكل وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد . وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين أخذ ثلث الشقص بشفعته الاولة وبطل فيه البيع وصح فى ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك وأخذهما بشفعته الثانيه

(فرع) قال الشافعى : ولو ورثه رجلان فمات أحدهما وله ابنان فباع أحدهما نصيبه فأراد أخوه الشفعه دون عمه فكلاهما ســـواء ، لأنهما فيها شريكان .

قال المزنى : هذا أصح من أحد قوليه : إن أخاه أحق بنصيبه . قال المزنى : وفى تسويته بين الشفعتين على كثرة ماللعم على الأخ . وصورتها فى دار بين رجلين ، إما أخوين أو أجنبيين ملكاها بسبب واحد أو بسببين مات أحدهما وترك ابنين فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم للباقى من الأخوين المالكين سهمان ولكل واحد من ابن الميت سهم واحد ؛ باع أحد الإبنين حقه وهو سهم واحد على أجنبى فالشفعة مستحقة فيه ، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم . فيه قولان

أحدهما : وهو أحد قوليه فى القديم : ان الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما أنهما اشتركا فى سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه فكان الاخ لمشاركته فى السبب أحق بشفعة أخيه من العم لتفرده بسببه

(والثانى) أن ملك الاخوين كان مجتمعاً فى حياة الاب وقد يجرى عليه حكم الاجتماع بعد موت الاب ، ألا ترى لو ظهر على الاب دين تعلق بالسهمين معا ولم يتعلق بسهم العم . والقول الثانى قاله فى الجديد وبعض القديم أن الشفعة مشتركة بين الاخ والعم لأمرين :

(أحدهما) أنه لما تساويا فى الاشتراك وجب أن يتساويا فى الاستحقاق كالمختلفى الأسباب (والثانى) أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة ، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا فى شفعته ، فاقتضى أن يشاركهما بشفعته . فاذا تقرر توجيه القولين ، فان قيل بأن الاخ أحق بها تفرد بأخذها دون العم ؛ فان عفا الاخ عنها احتمل استحقاق العم لها وجهين .

(أحدهما) لا حق له فيها لخروجه عن استحقاقها

والوجه الثانى : يستحقها لخلطته ، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه ، وان قيل إنها بينهما نصفين بالسوية ، وبه قال أبو حنيفة لأمرين : أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهما من عشرة أسهم أخذ به شفعة التسعة الباقية ، ولو بيع السهم أخذه صاحب التسعة الباقية فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيها .

وإن تفاضلا فى المـــال اعتباراً بأعداد الرءوس لا بقدر الأملاك كالعبد المشترك بمالك أحد الثلاثة نصفه والثانى ثلثه والثالث سدسه فإذا أعتق صاحبا النصف والسدس حقوقهما معا قوم عليهما الثلث نصفين وعتق بينهما بالسوية كذلك الشفعة .

والثانى : أن استحقاق الشفعة لرفع الضرر بها وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر فوجب أن يساوى صاحب الأقل منهما صاحب الأكثر فعلى هذا تصير الدار بينهم على ثمانية أسهم . خمسة منها للعم منها أربعة بقديم ملكه وسهم بشفعته . وثلاثة أسهم للأخ منها سهمان بقديم ملكه وسهم بشفعته . والقول الثانى قاله فى الجديد — وهو الصحيح — أنها بينهما على قدر مالهما اعتبارا بالأملاك ، وبه قال مالك لأمرين .

أحدهما : أن منافع الملك يتوزع على قدره كالأرباح فى التجارة والنتاج فى الحيوان . والثانى : أن الشفعة إنما وجبت لرفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم مثل مؤونة القسمة ونقصان القيمة بعد القسمة . وهذا يقل ويكثر لقلة الملك وكثرته فوجب أن يتقسط على الأملاك دون الملاك .

وأما سوء المشاركة فظلم يمكن رفعه بالسلطان ، وفى هذا انفصال . فعلى هذا تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم لصاحب النصف سهمان ولصاحب الربع سهم واحد وتصير جميع الدار بينهما أثلاثاً .

فأما المزنى فإنه اختار من القولين الأولين أن تكون الشفعة بينهما وهو أصح القولين ثم اختار من القولين الآخرين أن يكون بينهما نصفين استدلالا بما ذكرنا من العتق

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن تصرف المشترى فى الشقص ثم حضر الشفيع نظرت ، فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والاجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن

يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثانى . لأنه شفيع بالعقدين ، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما ، وإن قايل البـــائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب ، ويأخذه لان حقه سابق ولا يمكن الاخذ مع الاقالة والرد بالعيب ، فملك الفسخ ، وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن الذى حلف عليه البـائع ، لأن البائع أقر المشترى بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن ، الذى حلف عليه ، فإذا بطـل حق المشترى بالتحالف بقى حق الشفيع ، وإن اشترى شقصا بعبد ووجد البـائع بالعبد عيبا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان .

أحدهما : يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البـائع ثبت بالرد ، والثانى أن البائع أولى لان فى تقديم الشفيع اضرارا بالبائع فى إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر وإن أصدق إمرأته شقصا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان .

(أحـدهما) يقدم الزوج على الشفيع لان حق الزوج أقوى لانه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج (والثانى) يقدم الشفيع لان حقه سابق لانه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق .

(الشرح) الاحكام : على المنصوص من حق الشفيع بقدم الملك أن يفسخ تصرف المشترى فى الشقص إذا بذله فيما لا تستحق به الشفعة كأن وقفه أو وهبه أو رهنه أو آجره لسبق حقه على التصرف الحادث بعد قيام حقه فى الشفعة لانه لا يملك الأخـذ للشقص ما دام تصرفه نافذا فلا مناص من الفسخ . أما البيع والصداق فهو مخير بين أن يأخـذ بأحد العقدين ، فإما أن يأخذ بالثمن الذى بذله المشترى أو بالثمن الذى أخذه أو بمهر المثل بما هو الاحظ له .

فإذا تبايع الرجلان شقصا فعفا الشفيع عن شفعته فلا شفعة فيه بالاقالة لأنها رفع للعقد وليست استيفاء ولم يكن الشفيع قد عفا حتى تقايلا كان للشفيع إبطال الاقاله لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة ثم يأخذ الشقص بشفعة البائع فلو كان مشترى

الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع فللشفيع إبطال الوقف وأخذ الشقص بالشفعة وكذا إذا رهنه أبطل الرهن وأخذه بالشفعة ، ولو أجره أخذه ثم له الخيار فى إمضاء الإجارة وفسخها ، ولا تبطل بأخذ الشفيع بخلاف الرهن ، فإن أمضاها الشفيع فالأجرة المشترى دون الشفيع لأنه عقدها فى ملكه . ولو كان المشترى قد باع الشقص على غيره كان الشفيع مخيراً بين إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشترى الثانى وبين فسخه وأخذه بالشفعة من المشترى الأول .

وفى الصداق خلاف بين الفقهاء فقد قال مالك وابن أبى ليلى : يأخذ الشقص بقيمته لا بمهر المثل ، وحكى نحوه عن الشافعى فى القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص فخالفت البيوع وهذا فاسد من وجهين .

(أحدهما) وجود هذا المعنى فى الأثمان لجواز الزيادة والنقصان فيها ثم لم يمنع ذلك من أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن ، كذلك لا يمتنع فى الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع (والثانى) أن مالا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص من ذلك البضع الذى لا مثل له فإنه يوجب الرجوع الى قيمته من المهر دون الشقص ، فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل فسواء كان قيمة المثل بإزاء مهر المثل أو كان زائداً عليه أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً وأخذ الشقص بمائة دينار فعلى هذا لو اختلفا فى مهر المثل فترافعا فيه الى الحاكم ليجتهد فى مهر مثلها ويسقط تنازعهما .

(فرع) قال الشافعى : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمة الشقص وهذا كما قال : اذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول أو بعده ، فان كان بعد الدخول فلا رجوع له بشىء منه ، وان كان قبل الدخول فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة بشفعته فللزوج أن يرجع عليها بنصف قيمة الشقص فى أقل أحواله قيمة من حين أصدق الى أن أقبض ، ويكون استحقاقه بالشفعة لزوال ملكها عنه ببيع أو هبة

والحال الثانية : أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق لأنه ملك بغير بدل .

والحال الثالثة : أن يكون الشفيع على حقه لعذر طال به فلم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج ، فأيهما أحق بالشفعة ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، أن الزوج أحق من الشفيع لأن حقه ثابت بنص كتاب مقطوع به ، وحق الشفيع ثبت استدلالا بخبر الواحد فكان ظنياً ، والقطعي يرد الظني . فعلى هذا يرجع الزوج بنصف الشقص ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً في أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل .

والوجه الثاني وهو أصح أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين :

(ا) لأن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل ، والشفيع لا يرجع عنه الى بدل

(ب) أن حق الزوج متأخر وحق الشفيع أسبق ، فعلى هذا يعرض على الشفيع فان أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته ، وإن تركه رجع الزوج بنصفه ، وقد زعم بعض الأصحاب أن تخريج هذين الوجهين في اختلافهم في نصف الصداق هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك ، فان قيل بالطلاق كان أحق من الشفيع ، وإن قيل بالتملك كان الشفيع أحق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترى شقصاً وكان الشفيع غائبا فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر الى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنا كثيرا فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فان اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد ، وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائما ومقلوعا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا ضرر ولا ضرار ، ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك .

﴿ فصـل ﴾ وإن اشترى شقصا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فان كانت زيادته لا تتميز كالفسيل إذا طال وامتلأ ، فان الشفيع يأخذه مع زيادته لأن مالا يتميز يتبع الأصل فى الملك كما يتبعه فى الرد بالعيب ، وإن كانت متميزة كالثمرة فان كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا فى الرد بالعيب ، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان . قال فى القديم: تتبع الأصل كما تتبع فى البيع . وقال فى الجديد : لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض . ولا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فاذا لم يستثن تبع الأصل

﴿ فصـل ﴾ إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والاجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب ، فإن كان الشقص فى يد المشترى أخذه منه ، وإن كان فى يد البائع ففيه وجهان أحدهما يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق ملك الأخذ ، كما لو كان فى يد المشترى . والثانى لا يجوز أن يأخذ منه ، بل يجبر المشترى على القبض ثم يأخذه منه ، لأن الأخذ من البائع يؤدى إلى إسقاط الشفعة ، لأنه يفوت به التسليم ، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد ، وإذا بطل العقد سقطت الشفعة ، وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط .

﴿ فصل ﴾ ويملك الشفيع الشقص بالاخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالاخذ كتملك المباحات ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ، لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار ، والشقص يؤخذ بالاجبار فلم يصح فيه شرط الخيار ، وهل يثبت له خيار المجلس فيه وجهان (أحدهما) يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثانى) لا يثبت لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب

﴿ فصل ﴾ وإن وجد بالشقص عيبا فله أن يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشترى فى البيع ؛ وإن خرج مستحقا رجع بالعهدة على المشترى لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه

(الشرح) قال الشافعى : ولو قاسم وبنى قيل للشفيع : إن شئت فخـذ الثمن وقيمة البناء أو دع لأنه بنى غير متعد فلا يهدم ما بناه

قال المزنى : هذا غلط ، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع ، ولولا أن للشفيع فيه شركا ما كان شفيعاً . وصورة هذه المسألة فى رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه ثم بنى فى حصته وحضر الشفيع مطالباً لشفعته قال الشـافعى : قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائما ، ولا يجبر المشترى على قلعه لأنه بناء غير متعد ، وهكذا عمارة الارض للزرع .

قال المزنى : هذا غلط من الشـافعى لأن القسمة إن وقعت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة ، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة ، فلم تجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة . وهذا الذى اعترض به المزنى على الشافعى من تنافى بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط ، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه .

(أحدها) أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل فى مقاسمة شركائه وكيلا فيطالب المشترى الوكيل بمقاسمته على ما اشترى ، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله فى المقاسمة ، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل فى طلب الشفعة ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمه ويكون المشترى غير متعد فى البناء

والوجه الثانى : أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل فى القسمة فيأتى المشترى الحاكم فيسأله أن يقاسمه على الغائب فيجوز للحاكم مقاسمة المشترى إذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة الا لمولى عليه ، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمة الحاكم عنه ، والمشترى غير متعد فى البناء

والوجه الثالث : أن يذكر المشترى للشفيع ثمناً موفوراً فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن ويقاسم المشترى ، ثم يبين أن الثمن أقل مما ذكره المشترى فالقسمة صحيحه والشفعه واجبه والمشترى غير متعد ببنائه ، لأنه بالكذب متعد فى قوله لا فى قسمته وبنيانه ، فصار كرجل ابتاع داراً بثمن قد دلسه بعيب ثم بنى ووجد البائع العيب فى الثمن فعليه إذا رد المعيب واسترجع الدار أن يدفع الى المشترى قيمة البناء قائما لأنه بناء غير متعد فى فعله ، وان دلس كاذباً فى قوله

والوجه الرابع أن ينكر المشترى الشراء ويدعى الهبة فيكون القول قوله مع يمينه ولا شفعة عليه فى الظاهر فيقاسمه الشريك ثم يبنى وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء ، فالشفعة واجبة مع صحة القسمه ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده الشراء لأنه تعدى فى القول دون الفعل

والوجه الخامس : أن يكون الشفيع طفلا أو مجنوناً فيمسك الولى عن طلب الشفعة ويقاسم المشترى ، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون فتكون له الشفعة مع صحة القسمة ، ولا يكون إمساك الولى عن الشفعة مبطلا للقسمه ، ولا مقاسمته مبطلا للشفعة .

فاذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة وبطل اعتراض المزنى بها لم يجبر المشترى على قلع بنائه وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء ، وقال أبو حنيفه : يجبر المشترى على قلع بنائه ولا قيمة له على الشفيع استدلالا بأن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب . وهذا خطأ لأن المشترى تام الملك قبل أخذ الشقص ، ألا تراه يملك الأنماء ، ومن بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعة عليه ، ومن بنى فى ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديه ونقض بنائه كالموهوب له اذا بنى ورجع الواهب فى هبته ؛ ولأن الشفعه موضوعه لإزالة الضرر فلم يجز أن تزال بضرر . وفى أخذ المشترى بهدم بنائه ضرر .

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب فهو تعدى الغاصب بتصرفه فى غير ملكه ؛ وليس المشترى متعدياً لتصرفه فى ملكه

(فرع) قال الشافعى : ولو كان الشقص فى النخل فزادت كان له أخذها زائدة . أما النخل فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام ، أحدها ، أن تباع مفردة عن الارض فلا شفعة فيها . وكذلك سائر الاشجار كالابنيه التى إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعه ، لأنها مما ينتقل عن الأرض والمنقول لا شفعة فيه كالزرع . والقسم الثانى أن تباع النخل مع الارض فتجب فيها الشفعه تبعاً للأرض بخلاف الزرع ، لأنه لا يتبع الارض فى البيع ولا يتبعها فى الزرع ، والفرق بينهما ان إقرار الزرع فى الارض غير مستدام واقرار النخل والشجر مستدام .

وأوجب أبو حنيفه الشفعه فى الزرع تبعاً الأرض . والقسم الثالث أن يباع النخل مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض ففى وجوب الشفعه فيها وجهان ، وكذلك بيع البناء مع قراره دون البياض على هذين الوجهين : ، أحدهما، فيه الشفعه لأنه فرع لأصل ثابت ، والوجه الثانى ، أنه لا شفعه فيه لأن قرار النخل يكون تبعاً لها . فلما لم تجب الشفعه فيها مفردة لم تجب فى تبعها فإذا تقرر هذا وكان المبيع شقصاً من أرض ذات نخل وشجر فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفيع لغيبة أو عذر لا تبطل به الشفعه لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين : إما أن تكون مثمرة أو غير مثمرة . فإن كانت الزيادة غير مثمرة كالفسيل إذا طال وامتلأ ، والغرس اذا استغلظ واستوى فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته ، لان مالا يتميز من الزيادة تبعا لاصله ، وان كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثه بعد البيع فلا يخلو حالها عند الاخذ بالشفعه من أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة ، فإن كانت مؤبرة فلا حق فيها للشفيع وهى ملك المشترى ، لان ما كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله وعلى الشفيع أن يقرها على نخله الى وقت الجداد ، وان كانت الثمرة غير مؤبرة ففى استحقاق الشفيع لها قولان :

أحدهما : يستحقها لاتصالها كما يدخل فى البيع تبعاً . وهذا قوله فى الجديد ، ويكون الفرق بين الشفعه والبيع أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعا للقدرة على استثنائها بالعقد . والشفعه استحقاق ملك بغير مراضاة فلم يملك بها الا ما تناوله العقد ، وهكذا الحكم فى كل ما استحق بغير مراضاة كالشفعه والتفليس ، أو يكون بغير عوض كالرهن والهبه ، هل يكون ما لم يؤبر من الثمار فيها تبعا لاصلها على ما ذكرنا من القولين

(فرع) أما قوله : اذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الاخذ الخ ، فقد مضى قولنا ما حاصله ان كان الشفيع قادراً على الطلب فله ثلاثه أحوال :

(ا) أن يبادر الى الطلب فهو على حقه من الشفعه ولا يحتاج الى حكم حاكم فى الاخذ بها ، لانها ثبتت بالنص الصحيح المرفوع والإجماع . ولم يشذ الا الاصم ، وللحاكم أن ينظره حتى يحضر الثمن يوماً أو يومين .

(ب) خيـاره فى التمسك بالشفعه والعفو عنها والعفو على ضربين صريح وتعريض ، وذهب أبو حنيفة إلى صحة العفو فى بعض التعريض القوى لشبهه بالتصريح (ج) زمان المكنة ، وقد أوضحنا كل هذه الأحوال بما لا مزيد عليه إن شاء الله تعالى .

(فرع) قال الشافعى : وإذا اشترى شقصا على أنهما بالخيار جميعاً فلا شفعة حتى يسلم البائع ، وإن كان الخيار للمشترى دون البائع فقد خرج من ملك البائع وفيه الشفعه اه .

قلت : إن ما يثبت من الخيار فى البيع على أربعة أقسام :

١ — خيار عقد
٢ — خيار شرط
٣ — خيار رؤية
٤ — خيار عيب

فالأول هو خيـار المجلس فلا تستحق فيه الشفعة إلا بعد إمضائه بالافتراق عن تمام ، وســواء قيل : إن الملك منتقل بنفس العقد أو بالافتراق مع تقديم العقد لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما ، ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشترى فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع ، فإذا افترقا عن تمام وإمضاء استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة . وبماذا يصير الشفيع مالكا على ثلاثة أقوال من اختلاف أقواله فى اقتضاء الملك .

١ — أن يكون مالكا لها بنفس العقد

٢ — أن يكون مالكا للشفعة بافتراقهما عن تراض وهـذا على القول الذى يقول فيه : لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق .

٣ — أن ملك الشفعة كان موقوفا على اتمام العقد وامضائه فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد ، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد ، وهذا يدل على الذى يقول فيه : ان الملك موقوف فإذا أخذ ذلك بالشفعه بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم فهل ثبت له بعد الاخذ خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين لأصحابنا

أحدهما : أن له خيار المجلس لانه يملك بمعاوضه كالبيع .

والوجه الثانى وهو أصح : أنه لاخيار له لان الشفعه موضوعه لرفع الضرر بها

كالرد بالعيب الذى لا يملك فيه بعد الرد خياراً وليس كالبيع الموضوع للمعاينه وطلب الارباح .

وأما خيار الشرط فله ثلاثه أحوال :

ا — أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشترى .

ب — أن يكون مشروطا للبائع دون المشترى .

ج — أن يكون مشروطا للمشترى دون البائع . فإن كان الخيار مشروطا للبائع والمشترى أو للبائع دون المشترى فلا حق للشفيع فى أخذه بالشفعه مالم تنقض مدة الخيار لما ذكرنا فى خيـار المجلس ، فإذا تم البيع بينهما بانقضاء مدة الخيار استحق الشفيع حينئذ الاخذ بالشفعه ، وبماذا يصير مالكا لها ؟ على مامضى من الاقوال الثلاثه ، وان كان الخيار مشروطا للمشترى دون البائع فقد روى المزنى ههنا أن للشفيع أخذه بالشفعه ، ورواه الربيع أيضا ، قال الربيع : وفيه قول آخر أنه لا حق للشفيع فى أخذه الا بعد نقض مدة الخيار ، فإن قيل : انه لا ينتقل الا بالعقد وانقضاء مدة الخيار لأن الشفيع يملك عن المشترى فامتنع أن يملك مالم يملكه المشترى ، وان قيل : ان الملك قد انتقل بنفس العقد ففيه قولان .

١ — أن فيه الشفعه لان علقة البائع عنه منقطعه وخيار المشترى فيه كخياره فى الرد بالعيب وهو لا يمنع الشفيع من الاخذ وهى روايه المزنى .

٢ — أنه لا شفعه فيه الا بانقضاء مدة الخيار لان المشترى لم يرض بدخوله فى عهدة العقد بخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذى قد يحصل له من جهه الشفيع ، وهى روايه الربيع .

وأما خيار الرؤيه فهو حال غياب العـين المبيعه وفى صحه البيع به قولان ويتفرع عليهما خلاف فى صحه الشفعه ، وأما خيار العيب فإما أن يكون فى الشقص أو فى الثمن فالاول خياره للمشترى وللشفيع أن يأخذه منه بعيبه ويمنعه من رده ، لأن رد المشترى بالعيب لاستدراك الغبن وهو يستدرك من الشفيع الحصول على الثمن الذى دفعه ، فلو صالح المشترى البائع على أرشه كان للشفيع أخذه بالباقى بعد اسقاط الأرش ، ان قيل بجواز أخذ الأرش صلحاً مع بقاء

العين فى أحد الوجهين ، وإن قيل لايجوز أخذه الشفيع بجميع الثمن ، وأما العيب فى الثمن ففى آخر الباب والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشترى فى البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وان كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر فيه وجهان . أحدهما : يسقط لأنها شفعة واحدة ، فإذا عفى عن بعضها سقط الباقى كالشفيع اذا عفا عن بعض الشقص ، والثانى : لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين .

(فصل) اذا اختلف الشريكان فى الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وقال الآخر : بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، لأنه يدعى عليه استحقاق ملكه بالشفعة ، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة . فإن نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة . وفى الثمن ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يقال للمدعى عليه قد أقر لك بالثمن وهو مصدق فى ذلك ، فاما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذى لك عليه كما قلنا فى المكاتب اذا حمل نجما الى المولى فادعى المولى أنه مغصوب .

والثانى : أنه يترك الثمن فى يد المدعى لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر فى يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له .

والثالث : يأخذه الحاكم ويحفظه الى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك .

(فصل) وان ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده ، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة . فالقول قول كل واحد منهما ، لما ذكرناه ؛ فان

سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه . ثم يدعى الحالف على الآخر فإن حلف استقر أيضا ملكه . وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعى فإذا حلف استحق . وإن أراد الناكل أن يدعى على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه ، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة

(الشرح) الأحكام : سبق الكلام فى ميراث الشفعة فى فصل مضى ، فإذا صح ما ذكرنا لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده ، فإن كان موته قبل البيع فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة ، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع ، ثم يكون بين جميع من ملك ميراث الحصة . وفيها قولان (أحدهما) أنها بينهم على عدد رءوسهم ، الزوجة والابن فيها سواء على ما حكاه المزنى عن الشافعى .

(والثانى) أنها مقسطة بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن وللإبن الباقى وعلى هذا لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من لم يعف ، وكان لمن بقى من الورثة — ولو كان واحداً — أن يأخذ جميع الشفعة كالشراء ، فاذا عفا بعضهم عاد حقه إلى من بقى ، وان مات الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوى فيها الوارث بنسب وسبب ، وهى بينهم على قدر مواريثهم للزوجه الثمن والباقى للإبن قولا واحداً ، لأنهم إنما يأخذونها عن ميتهم فكانت بينهم على قدر مواريثهم ، ويكون تأويل ما نقله المزنى عن الشافعى أن امرأته وابنه فى ذلك سواء ، يعنى فى استحقاقها لجميع الورثه ، لا يختص بها بعضهم دون بعض .

قال الماوردى : كان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين ويجعل ما نقله المزنى أحد القولين .

فعلى هذا لو أن أحد الورثه حضر مطالباً قضى له بجميع الشفعه : والقول الثانى وهو أصح أنه لا يرجع على من بقى ، لأن جميعهم شفيع واحد . وليسوا كالشركاء الذين كل واحد منهم شفيع مستقل ، فعلى هذا لو حضر أحد الورثه مطالباً لم يقض له بشىء حتى يجتمعوا ، فإن عفا أحدهم عن حقه فهل تبطل بحقه

شفعة من بقى على وجهين ، أحدهما ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إنما قد بطلت وسقط حق من لم يعف لأنها شفعة واحدة عفا عن بعضها فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته سقط جميعها . والثانى وبه قال أبو حامد الاسفرايينى : إن من لم يعف على شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يكون عفو غيره مبطلا لحقه بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته ، لأن الواحد قد كان له أخذ جميعها لجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها ، وليس كذلك أحد الورثة لأنه لا يملك منها الا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه ، ولأن العافى عن البعض مختار للعفو لجاز أن يسرى عفوه فى جميع حقه ، وليس الباقى من الورثة مختاراً للعفو فلم يسر عفو غيره فى حقه .

(فرع) إذا ادعى على شريكه : أنك اشتريت نصيبك من عمرو فلى شفعته فصدقه عمرو فأنكر الشريك وقال : بل ورثته من أبى فأقام المدعى بينة أنه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد بن الحسن : تثبت . ويقال له : إما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده إلى البائع فيأخذه الشفيع منهما لأنهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

فإذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلى أخذه بالشفعة فإنه يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذى فيه الشقص ؛ ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعى الشفعة فيه ، فإذا فعل ذلك سئل المدعى عليه ، فإن أقر لزمه . وان أنكر وقال : انما اتهبته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه ، كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة ، فإن حلف برىء وان نكل وقضى عليه . وان قال : لا تستحق علىّ الشفعة ، فالقول قوله مع يمينه ؛ ويكون يمينه على حسب قوله فى الانكار . واذا نكل وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فإن أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه

١ ـ يقر فى يد الشفيع الى أن يدعيه المشترى فيدفع اليه ، كما لو أقر له بدار فأنكرها

٢ ـ أن يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه الى أن يدعيه المشترى ، ومتى ادعاه دفع اليه

٣ - يقال له : اما أن تقبضه واما أن تبرىء منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكاتبة فادعى أنه حرام . اختار هذا القاضي ، وهـذا مفارق للمكاتب لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذى أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى السيد تحريم ما أتاه به . وهـذا لا يطالب الشفيع بشيء . فلا ينبغي ان يكلف ابراءه عما لا يدعيه . والوجه الاول أولى ، وبهذا قال الحنابلة

(فرع) اذا كانت دار بين رجلين ، فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألناهما متى ملكتماها ؟ فإن قالا : ملكناها دفعة واحدة ، فلا شفعة لأحدهما على الآخر : لأن الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعد

وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولأحدهما بينة بما ادعاه قضى له ، وان كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا ، وان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا الى السابق بالدعوى فقدمنا دعواه وسألنا خصمه ، فان أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم تسمع دعواه ، لان خصمه قد استحق ملكه ، وان حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا في الثمن فقال المشترى الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشترى مع يمينه لانه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولانه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة

﴿ فصل ﴾ وان ادعى الشفيع أن الثمن ألف ، وقال المشترى لا أعلم قدره فالقول قول المشترى ، لان ما يدعيه ممكن ، فانه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف ، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسى ، فاذا حلف لم يستحق الشفعة لأنه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه

وقال أبو العباس : يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفا فقال المدعى عليه لا أعلم القدر ، والمذهب الاول ، لأن ما يدعيه ممكن ، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه ، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسى ، ويخالف إذا ادعى عليه ألفاً ، فقال : لا أعرف القدر ، لأن هناك لم يجب عن الدعوى . وههنا أجاب عن استحقاق الشفعه ، وإنما ادعى الجهل بالثمن

(فصل) وإن قال المشترى : الثمن ألف . وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل ، فهل له أن يحلف المشترى ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ليس له أن يحلفه حتى يعلم ، لأن اليمين لا يجب بالشك

(والثانى) له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى ، وإن قال المشترى الثمن ألف ، وقال الشفيع لا أعلم كم هو ؟ ولكنه دون الألف ، فالقول قول المشترى ، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن ، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم

(فصل) وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا فى قيمته ، فالقول قول المشترى ، لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعى

(فصل) وإن أقر المشترى أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشترى لم يلزم الشفيع أكثر من الالف ، لأن المشترى أقر بأنه يستحق الشفعه بألف فلا يقبل رجوعه فى حقه فان كذبه المشترى فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشترى الالفان ، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الالف ، لانه كذب البينة باقراره السابق

(الشرح) قال الشافعى : وان اختلف فى الثمن فالقول قول المشترى مع يمينه ، وهـذا كما قال : اذا اختلف الشفيع والمشترى فى قدر الثمن فادعى المشترى أن الثمن ألف . وقال الشفيع خمسمائة ولا بينة لواحد منهما فالقول قول المشترى مع يمينه لأمرين :

(أحدهما) أنه مباشر للعقد فكان أعلم به من غيره (والثاني) أنه مالك للشقص فلم ينتزع منه الا بقوله ، فإن حلف المشترى على ما ادعاه من الثمن أخذه الشفيع به ، وإن نكل المشترى ردت اليمين على الشفيع . فإن حلف أخذه بما قال .

فإن قيل : فهذا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان . قيل لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه فتحالفا لاستوائهما فى الشقص . والشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى ، فكان القول قول المشترى لتفرده بالانكار ، فلو أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها : والبينة شاهدان أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين . فإن أقامها المشترى استفاد بها سقوط اليمين ، فلو شهد له البائع بما ادعاه من الثمن ردت شهادته لأنه شاهد بالزيادة لنفسه . ولو أقام الشفيع البينة استفاد بها الحكم لقول الشافعى : فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن ردت شهادته لانه متهوم فى شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك مع أنه عاقد فى الحالين فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه من الثمن ، فعند أبى حنيفة ومحمد ابن الحسن أن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها . وعند أبى يوسف أن بينة المشترى أولى ، لأن فيها زيادة علم ، ويخرج فى مذهب الشافعى على قولين من تعارض البينتين .

١ ـ اسقاطهما بالتعارض . ويكون القول قول المشترى مع يمينه

٢ ـ الإقراع بينهما فمن قرعت بينته كان أولى ، وهل يحلف معها أم لا ؟ على قولين من اختلاف قولين فى القرعة ، هل جاءت مرجحة للدعوى أو مرجحة للبينة .

فعلى هذا لو أخذه الشفيع بالالف عند يمين المشترى ثم قامت البينه أن الثمن خمسمائه رجع الشفيع على المشترى بخمسمائه ولا خيار للشفيع ، لأنه لما رضى الشقص بالالف كان له بخمسمائه أرضى ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه ثم قامت البينه أن الثمن ألف كان الشفيع مخيراً بين أن يأخذه بالالف أو يرده

ولو ادعى المشترى أن الثمن سيارة قيمتها ألف فأخذه الشفيع بها ثم ظهر أن الثمن (ريكوردر) المسجل للصـوت ، فان كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشىء ، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء ، وإن كانت قيمة المسجل أكثر لم يرجع المشترى بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه . وإن كانت قيمة المسجل أقل رجع الشفيع بنقصها على المشترى ولا خيار له .

فلو قال المشترى ان الثمن ألف وقال الشفيع لست أعلم قدر الثمن مع علمى بنقصه عن الألف فله إحلاف المشترى . فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن . ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل فهل يستحق إحلاف المشترى أم لا ؟ على وجهين :

١ ـ لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله ، لأن اليمين لا يجب بالشك .

٢ ـ يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه لأن المال لا يملك بمجرد القول

﴿ فرع ﴾

ولو قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث . قيل للشفيع : أتعلم قدره أم لا ؟ فان قال لا أعلم قدره فلا شفعة له . وله إحـلاف المشترى أنه لا يعلم قدر الثمن ، وإنما يطلب لأنها تستحق بالثمن فكان جهلها به مانعاً من استحقاقها بمجهول .

فان قال الشفيع أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم . وقال المشترى : قد نسيت قدر الثمن ، قيل للمشترى : أتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن فان قال نعم ؛ أخذ الشفيع الشقص بخمسمائة من غير يمين . وإن أكذبه قال الشافعى حلف المشترى بالله ما يعلم قدر الثمن ولا شفعته .

واختلف أصحابنا فى ذلك ، فكان أبو حامد المروروذى وأبو حامـد الاسفراينى يجعلان هذا القول مذهباً له فى هـذه المسألة ، ويبطلان بيمين المشترى الشفعة تعليلا بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فبطلت الشفعة به .

وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يحملان هذا الجواب مصروفا إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع دون المشتري ، ويحكم له بالشفعه ، وهذا هو الصحيح لأن نسيان المشتري كالنكول فوجب رد اليمين على الشفيع .

قال الشافعي : وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه ، وهذا إنما أراد به ما ادعى ، فانه قال : إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديثاً حلف الشفيع وحكم له بالشفعه ، وإن كان الشراء قديما حلف المشتري وبطلت الشفعه ورفض الماوردي هذا الفرق وقال : هذا قول مرذول وفرق معلول .

فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع : بعته بألف ، وقال المشتري : اشتريته بخمسمائه فانهما يتحالفان ، فاذا حلفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرا في البيوع .

أحدهما : أنه قد بطل فعلى هذا يعود الشقص إلى البائع ولا شفعة فيه .

والثاني : أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ ، فعلى هذا لا يخلو حال المثمن من أحد أمرين إما أن يكون معينا أو غير معين ، فان كان المثمن معينا كقول البائع بعتك شقصي بهذه السيارة فيقول المشتري : اشتريته بهذا (الريكوردر) المسجل فاذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالسيارة التي ادعاها البائع ثمنا لم يعرض على الشفيع لأن عين هذه السيارة لا تحصل للبائع من جهة الشفيع ، وفسخ الحاكم البيع بينهما وأبطل الشفعة فيه ؛ وإن كان الثمن غير معين كقول البائع بعتك الشقص بألف فيقول المشتري بخمسمائة ، عرض الشقص على المشتري والشفيع بالألف ليأخذاه أو يرداه لأنه قد يحصل للبائع ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشتري ، فلذلك عرض عليهما ؛ وإذا كان كذلك فللشفيع والمشتري أربعة أحوال .

ا ــ أن يرضيا جميعا به فيلزم المشتري الألف وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف .

ب ــ أن يرداه جميعا بالألف فيفسخ البيع وتبطل الشفعة .

ج ـ أن يرضاه المشترى بالألف ويرده الشفيع بها فيلزم البيع للمشترى بالالف وتبطل شفعة الشفيع .

د ـ أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشترى فيكون رد المشترى باطلا لما فيه من إسقاط حق الشفيع ، ويصير البيع لازما للمشترى ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة ويأخذ الشقص فيه بالألف ، فلو رده الشفيع بعيب رده على المشترى ورجع عليه بالثمن لان عهدته عليه ، وللمشترى حينئذ أن يفسخ البيع فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه فى يد رجل فادعى الشريك على من فى يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه ، وأنه استحق أخذه بالشفعة ، فأقر به ، فهل يلزمه تسليمه اليه بالشفعة ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يسلمه ، لأنه أقر بالملك للغائب ، ثم ادعى انتقاله بالشراء ، فلم يقبل قوله (والثانى) يسلم اليه لأنه فى يده فقبل قوله فيه .

(فصل) وإن أقر أحد الشريكين فى الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن ، وصدقه الشريك وأنكر الرجل ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك ، لان الشفعه تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء ، فلم تثبت الشفعة للشريك ، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة ، وهو جواب المزنى فيما أجاب فيه على قول الشافعى رحمه الله . لانه أقر للشفيع بالشفعه ، وللمشترى بالملك ، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر ؛ وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشترى : فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك لانه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشترى .

والثانى : له أن يخاصمه لانه قد يكون المشترى أسهل فى المعاملة من الشفيع ، فإن قلنا : لا يخاصم المشترى أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه لانه منه أخذ ، واليه دفع الثمن .

وإن قلنا : يخاصمه ، فان حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه ، وإن نكل لحلف البائع سلم الشقص إلى المشترى وأخذ الشفيع الشقص من المشترى ، ورجع بالعهدة عليه لانه منه أخذ ، واليه دفع الثمن ، وان أقر البائع بالبيع وقبض الثمن ، وأنكر المشترى ، فمن قال : لاشفعة اذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه ، ومن قال : تثبت الشفعة اذا لم يقر بقبض الثمن اختلفوا اذا أقر بقبضه ، فمنهم من قال : لا تثبت لانه يأخذ الشقص من غير عوض ، وهذا لا يجوز : ومنهم من قال : تثبت ، لان البائع أقر له بحق الشفعة وفى الثمن الاوجه الثلاثة التى ذكرناها . فيمن ادعى الشفعه على شريكه وحلف بعد نكول الشريك : والله أعلم .

(الشرح) قال الشافعى : وعهدة المشترى على البائع وعهدة الشفيع على المشترى ، قال الماوردى فى الحاوى : أما العهدة فمشتقة من العهد لما فيه من الوفاء بموجبه قال تعالى « وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم » وقال الفيومى فى المصباح : العهد الوصيه يقال : عهد اليه يعهد من باب تعب اذا أوصاه وعهدت اليه بالامر قدمته وفى التنزيل « ألم أعهد اليكم يا بنى آدم ألا تعبدوا الشيطان » والعهد الامان والموثق والذمه ، ومنه قيل للحربى يدخل بالامان ذو عهد . ومعاهد أيضا بالبناء للفاعل والمفعول . لأن الفعل من اثنين فكل واحد يفعل بصاحبه مثل ما يفعل صاحبه الى أن قال . وقولهم : عهدته عليه من ذلك لان المشترى يرجع على البائع بما يدركه وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة لانه يرجع اليها عند الالتباس اه .

ونعود الى قول الشافعى فنقول : لقد سمى ضمان الدرك عهدة ثم سمى كتاب الشراء (الفاتورة) عهدة . واختلف الفقهاء فى عهدة الشفيع هل تجب على البائع أو على المشترى ؟ فذهب الشافعى الى أن عهدة الشفيع على المشترى وعهدة المشترى على البائع .

وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع ، وقال أبوحنيفه : ان كان الشفيع

قد قبضه من المشترى فعهدته على المشترى ، وان كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشترى وكانت عهدته على البائع .

فأما ابن أبى ليلى فاستدل بأن البائع أصل والمشترى فرع ، فكان الرجوع على البائع أولى من المشترى ، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل . قال : ولأن المشترى يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء الى الشفيع ، ثم ثبت فى شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل ، كذلك فى استحقاق الشفيع .

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشترى بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه استحق فسخ عقده فيه لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك

ودليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشترى ، بدليل أنه لو تركه لكان مقراً على ملك المشترى ؛ ولو حدث منه نماء لكان للمشترى ، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشترى ، وتحريره قياسا أن انتقال الملك بالعوض ممن يظاهر بملك المعوض يوجب أخذه بالعهدة كالبيع ؛ ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق فى الرد بالعيب كما يستحق فى الاستحقاق بالشفعة فلما كان الرجوع به فى الرد بالعيب مستحقا على المشترى دون البائع وجب أن يكون الرجوع به فى الاستحقاق بالشفعة مستحقا على المشترى دون البائع وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان :

(أحدهما) أن أحد نوعيه ما يوجب الرجوع بالثمن فوجب أن يستحقه الشفيع على المشترى دون البائع قياسا على الرد بالعيب

(والثانى) أن من استحق عليه الثمن فى الرد بالعيب لم يستحق عليه الثمن فى الاستحقاق وبالغصب قياسا على المشترى لو كان بائعا

فأما الجواب عن استدلال ابن أبى ليلى بأن البائع أصل والمشترى فرع فنتقض بالمشترى لو باع على الشفيع ، ثم نقول ان المشترى وان كان فرعا للبائع فانه أصل للشفيع .

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل فهو امتناع الجمع بينهما من وجهين :

(ا) ان الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشترى وبين تركه عليه صار مالكا

عنه لا عن البائع ، ولما لم يكن للموكل خيار فى أخذه من الوكيل وتركه عليه صار مالكا عن البائع دون الوكيل .

(ب) أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشترى دون البائع صار مالكا عنه لا عن البائع . ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكا عنه لا عن الوكيل .

وأما الجواب عن استدلال أبى حنيفة بأنه لما ملك إزالة ملكه رفع عقده فمن وجهين : (ا) انه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض ولا يملك رفع عقده فكذلك قبل القبض (ب) أنه بالعقد ملك الشفعة ، وفى رفعه إبطال الشفعة .

(فرع) فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشترى له أو من ينوب عنه ففيه وجهان حكاهما ابن سريج (أحدهما) ليس له ذلك لأنه يحل محل المشترى فى الأخذ بالثمن ، ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض . فعلى هذا يأخذ الحاكم المشترى بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه ، فإن كان المشترى غائبا وكل الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه .

(والثانى) وهو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشترى ، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق ، وإن كره المشترى لجاز ، وإن كان قبل قبضه ، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع لأنه يأخذها بحق توجه على المشترى ، وبالوجه الأول قال أبو إسحاق المروزى .

(فرع) قال المزنى : ولو أن البائع قال قد بعت من فلان شقصا بألف درهم وأنه قبض الشقص وأنكر ذلك فلان وادعاه الشفيع ، فإن السفيع يدفع الالف إلى البائع ويأخذ الشقص ،

وصورتها فى رجل ادعى بيع شقصه على رجل فأنكر المشترى الشراء وحضر الشفيع مصدقاً للبائع ومطالبا بالشفعة ، فهذا على ضربين

(ا) أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشترى

(ب) أن يكون مقراً بقبضه ، فان كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن

حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه باقراره وإن ردت دعواه .

وفى منعه من محاكمة المشترى واحلافه على الانكار وجهان :

١ ـ أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشترى

٢ ـ أن يكون مقراً بقبضه ، فان كان مع ادعاء البيع مدعيا بقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشترى ومقر للشفيع فيحكم عليه باقراره وإن ردت دعواه .

وفى منعه من محاكمة المشترى وإحلافه على الانكار وجهان :

١ ـ قول أبى على بن أبى هريرة : ليس له إحلافه ؛ لأن قصده حصول الثمن وقد حصل له ، وسواء حصل له من مشترى أو شفيع ، ولأنه لا يؤمن أن أحلف أن يحكم بفسخ البيع ، وفيه إبطال لحق الشفيع

٢ ـ له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بانكاره ؛ ولما فيه من البغية لوصول الملك الى مستحقه ، ولا يبطل ليمينه حق الشفيع ، فاذا قضى للشفيع بالشفعة لزمه دفع الثمن الى البائع وتكون عهدة الشفيع هنا على البائع دون المشترى ، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع انكاره لم تلزمه عهدته . هذا ولم يتسع المقام لاستقصاء فروع الشفعة وجميع الأوجه وأحكامها ، وسأفرد ما قيدته فيها فى كتاب مستقل ان شاء الله تعالى . والله أعلم بالصواب

كتاب القراض

القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر ابن الخطاب رضى الله عنهم خرجا فى جيش الى العراق فلما قفلا مرا على عامل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فرحب بهما وسهل وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه فى المدينة وتوفران رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه ، فقالا وددنا ، ففعل فكتب الى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر أكلَّ الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا لا ، فقال عمر ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما . أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال أدياه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا ، فأخذ رأس المال ونصف ربحه . وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال ، ولأن الأثمان لا يتوصل الى نمائها المقصود الا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل فى المساقاة

(فصل) وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له فى لغة أهل الحجاز وبلفظ المضاربة لأنه موضوع له فى لغة أهل العراق وبما يؤدى معناه لان المقصود هو المعنى فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك

(فصل) ولا يصح إلا على الأثمان وهى الدراهم والدنانير ، فأما ماسواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس ، فلا يصح القراض عليها لان المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك فى الربح ، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه فى رد مثله ان كان له مثل ، وفى رد قيمته ان لم يكن له مثل . وفى هذا إضرار بالعامل ، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءاً يسيراً من الكسب فى رد مثله أو رد قيمته ، ثم يشارك رب المال فى الباقى ، وفى هذا إضرار برب المال ، لأن

العامل يشاركه فى أكثر رأس المال . وهذا لا يوجد فى الأثمان لأنها لا تقوم بغيرها ، ولا يجوز على المغشوش من الاثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض

(فصل) ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر ، فإن قارضه على دراهم جزاف لم يصح ، لأن مقتضى القراض رد رأس المال ، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره ، فان دفع اليه كيسين فى كل واحد منهما ألف درهم فقال قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان

(أحدهما) يصح لانهما متساويان

(والثانى) لا يصح لانه لم يبين مال القراض من مال الوديعة ، وإن قارضه على ألف درهم هى له عنده وديعة جاز لانه معلوم ، وان قارضه على ألف درهم هى له عنده مغصوبة ففيه وجهان ، أحدهما ، يصح كالوديعة ، والثانى ، لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان ؛ فلا يصير مقبوضا قبض أمانة

(الشرح) قال ابن بطال : القراض مشتق من القرض وهو القطع ، كأنه يقطع له قطعة من ماله أو قطعة من الربح . وقيل اشتقاقه من المساواة ؛ يقال : تقارض الشاعران إذا ساوى كل منهما صاحبه فى المدح ، وتقارضا الثناء . وقال الصنعانى فى سبل السلام : القراض بكسر القاف وهو معاملة العامل بنصيب من الربح . وهذه تسميته فى لغة أهل الحجاز ، وتسمى مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الارض لما كان الربح يحصل فى الغالب بالسفر أو من الضرب فى المال وهو التصرف . اه

وقال الرافعى : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لان العامل يختص بالضرب فى الارض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التى تكون من واحد ، مثل عاقبت اللص . وقال ابن قدامة فى المغنى من كتب الحنابلة : وهذه المضاربة تسمى قراضا أيضا ، ومعناها أن يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه ، على أن ماحصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه ، فأهل العراق يسمونه مضاربة ، مأخوذة من الضرب فى الارض . اه

وقد جمع النووى بين الاسمين فى المنهاج فقال : القراض والمضاربة أن يدفع

إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك . قال السبكى . قد يشاح النووى فى قوله : أن يدفع . ويقال القراض العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع . قال الشربينى فى شرح المنهاج : وأركانه خمسة : مال وعمل وربح وصيغة وعاقدان .

وقال الرشيدى فى حاشيته على شرح شمس الدين الرملى للمنهاج فى عطف الشارح : المقارضة على القرض ؛ أى إن القراض يجوز أن يكون مشتقا من القرض ومن المقارضة . وهذا الصنيع ظاهر فى أن دفع المال على الوجه الآتى لا يسمى مقارضة بل قراضا ومضاربة ، وهو ظاهر المتن حيث اقتصر عليهما . لكن ظاهر كلام المحلى يخالفه حيث عطف المقارضة على ما فى المتن فأفاد أن القراض والمضاربة بمعنى

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة فى الجملة . وقال الصنعانى لاخلاف بين المسلمين فى جواز القراض ، وأنه مما كان فى الجاهلية فأقره الاسلام وقال ابن حزم : كل أبواب الفقه فيه أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فى السنة لكنه إجماع صحيح ، ونقطع بأنه كان فى عصره صلى الله عليه وسلم وعلم به وأقره .

(قلت) ولسنا نخالف ابن حزم الا فى أن أمراً مجمعا عليه من الأئمة منذ عهد نبيها صلى الله عليه وسلم ثم لا يتبين مصدره واضحا بالاخبار ، ولعل ابن حزم لم يبلغه لبعد الشقه ما بلغ غيره ، وإن كانت هذه الاخبار المرفوعة يعتريها بعض الوهن من ناحية الاسناد فانها مؤيدة بأخرى صحيحة موقوفة على الصحابة . وهو لا يدل بالاستقراء على أنه كان موجوداً فى عهده صلى الله عليه وسلم ، وانما يدل بمنطوقه على وجوده ، فيكون استقراؤه من الإجماع على وجوده بنتاجه مارويناه عن الصحابة من صحيح الاخبار

فأما المرفوع فقد روى ابن ماجه عن صهيب أن النبى (ص) قال « ثلاث فيهن البركة : البيع الى أجل والمقارضة وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع » أورده ابن حجر فى بلوغ المرام وضعف اسناده . وأما الموقوف فما رواه الدارقطنى ورجاله ثقات عن حكيم بن حزام أنه كان يشترط على الرجل اذا أعطاه مالا مقارضة أن لا تجعل مالى فى كبد رطبة ولا تحمله فى بحر ولا تنزل به فى بطن مسيل ، فان فعلت شيئا من ذلك فقد

ضمنت مالى . وقال مالك فى الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل فى مال لعثمان على أن الربح بينهما ، وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به فى العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابنى عمر خرجا فى جيش إلى العراق فتسلفا من أبى موسى مالا وابتاعا به متاعا ، وقدما به إلى المدينة ، فباعاه وربحا فيه ، فأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله فقالا : لو تلف كان ضمانه علينا ، فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل : ياأمير المؤمنين لو جعلته قراضا قال : قد جعلته ، وأخذ منهما نصف الربح ، وقد ساقها المصنف بأوفى من هذا .

وعن قتادة عن الحسن أن عليا قال : إذا خالف المضارب فلا ضمان ، هما على ما شرطا ، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا .

قال الماوردى فى الحاوى : والأصل فى إحلال القراض وإباحته قوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » وفى القراض ابتغاء فضل وطلب نماء وقد استدل بحديث « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » على جوازها وقد ضارب النبى صلى الله عليه وسلم لخديجة بأموالها إلى الشام وأنفذت لخدمته عبداً لها يقال له ميسرة ، وروى ابن أبى الجارود حبيب بن يسار عن ابن عباس قال : كان العباس إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به واديا ولا يشترى به ذات كبد رطبة ، فإن فعل فهو ضامن ، قال الماوردى : فرفع ذلك إلى النبى صلى الله عليه وسلم فأجازه .

وقد اختلف أصحابنا فى وجه الاستدلال من حديث عمر على ثلاثة أوجه :

(أحدها) قول الجليس : لو جعلته قراضاً ، وإقرار عمر على صحة القراض ولو علم عمر فساده لرده ، فلم يكن ما فعله معهما قراضا لا صحيحا ولا فاسداً ، ولكن استطاب طهارة انفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين ، الأمر الذى ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام .

(والثانى) أن عمر أجرى عليهما فى الربح حكم القراض الفاسد لأنهما عملا

على أن يكون الربح لهما ولم يكن قد تقدم فى المـال عقد يصح حملها عليه ، فأخذ منهما جميع الربح ، وعاوضهما على العمل بأجرة المثـل وقدره بنصف الربح فرده عليهما أجرة ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى .

(والثالث) أن عمر أجرى عليهما أجراً فى الربح حكم القراض الصحيح ، وإن لم يتقدم منهما عقد ، لأنه كان من الأمور العامة ما يتسع حكمه عن العقود الخاصة ، فلما رأى المال لغيرهما والعمل منهما ولم يرهما متعديين فيه ، جعل ذلك عقد قراض صحيح ، وهذا ذكره أبو على بن أبى هريرة ، فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معا دليلا ، ثم الحديث الذى سـاقه المصنف من مساقاة النبى صلى الله عليه وسـلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع لا يدل بمنطوقه على هذا وإنما يدل بالمفهوم أو المحمول ، لأن المساقاة عمل فى محل استوجب به شطر ثمرها فاقتضى ذلك جواز القراض من طريق المعنى . وقد ذهب المـاوردى إلى أن صحة القراض دليل على جواز المساقاة .

قوله : النقار وهو مذاب الفضة وقبل الذوب هى تبر ، والسبائك جمع سبيكة القطعة المستطيلة من الذهب .

والفلوس جمع فلس وهو أدنى ما يتعامل من المال ، ويسمى فى الشام قرشـا وفى العراق فلسا ، وفى مصر والسودان مليما ، وفى الحجاز ونجد هللة ؛ وفى اليمن بقشة ؛ وفى المغـرب والجزائر بيزا أو بسيطة ، وفى اليونان دراخما ، وفى اليابان ين ، وفى انجلترا وأمريكا بنس ، والفرق بين الفـلوس قديما وحديثا أوضحناها فى كتابنا تاريخ النقود الإسلامية .

فإذا ثبت أن القراض جائز بين المتعاقدين لأنه عقد معونة وإرفاق ، فانه عقد اختيار وليس عقد لزوم ويجوز لمن شاء منهما أن يفسخه ، ومن أجل تيسير رد رأس المال على صاحبه لم يبحه الفقهاء إلا بالدراهم والدنانير .

قال الشافعى : ولا يجوز القراض إلا فى الدراهم والدنانير التى هى أثمان الاشياء وقيمتها ، وحكى عن طاوس والأوزاعى وابن أبى ليلى جواز القراض بالعروض لأنها كالدراهم والدنانير ، ولأن كل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض

كالبيع ، وهذا خطأ لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين ، أما رد رأس المال فلأن من العروض مالا مثل لها فلم يمكن ردها .

وأما الربح فقد يفضى إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر لأنه إن زاد خيره العامل بالربح فاختص به رب المال ، وان نقص أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل ، وهذه أمور يمنع القراض منها فوجب أن يمنع مما أدى اليها ولأن كل مال يوجب القراض منع من أن ينعقد عليه القراض كالمنافع .

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير فهو أنها لا تمنع موجب القراض وأما قياسهم على البيع فالمعنى فيه أنه لا يلزم فيه رد مثل ولا قسمة ربح لجاز بكل مال ، فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه ، فإنه بالنقار والسبائك لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وكذلك بالفضة المغشوشة ، وذهب أبو حنيفة إلى جوازها إذا كانت الفضة أكثر اعتباراً بحكم الأغلب ، وهذا خطأ لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض فإذا خالطها لم يجز به القراض ، ولأن مالم تخلص فضته لم تجز مقارضته كالكثير الغش .

فإن قيل : فمن شرطها أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره كان القراض باطلا للجهل بما تعاقدا عليه ، وإن علما قدره وجهلا صفته بطل القراض ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر فى بطلان العقد ، فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى ، فإن علما كل نوع منها صح العقد ، وإن جهلاه بطل .

فلو دفع اليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأى الألفين شاء ويستودعه الأخرى لم يجز للجهل بالقراض هل عقد بألف درهم أو بألف دينار ، كما لو أعطاه مبلغاً من العملة الصعبة كالدولار والمارك والاسترلينى ومبلغا من العملة الاخرى والكل من النقدين قيمة رسمية وقيمة حرة ، وقيمة محلية وأخرى فى أسواقها الرسمية أو الدوليه ، ولم يحدد له أحد النوعين المراد به القراض كان العقد باطلا

ولو دفع اليه بكيسين فى كل واحد منهما ألف دينار على أن تكون احدى الالفين قراضا والاخرى وديعة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ويكون قراضا صحيحا لانه معقود على ألف دينار معلومة لتساوى الألفين .

(والثانى) لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة : ولكن لو دفع اليه ألفا وألفا على أن له من ربح أحد الألفين النصف ومن ربح الآخر الثلث ، فإن عين الالف التى شرط له نصف ربحها من الالف التى شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين ، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين .

وإذا كانت لرجل فى يد رجل ألف درهم وديعة فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها جاز ، ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة لم يجز ، ولو قال له : قد قارضتك على ألف من دينى التى على فلان فاقتضى منه قراضا لم يجز لأنه قراض على ملك غائب ، فان قبضها وأتجر بها صح القبض لأنه وكل فيه ، وكان الربح والخسران لرب المال وعليه ، لحدوثها عن ملكه فى قراض فاسد ، ولو كان له على العامل دين فقال له : قد جعلت ألفا من دينى عليك قراضا فى بدل لم يجز تعليلا بأنه قراض على مال غائب ؛ وفيما حصل فيه من الربح والخسران قولان حكاهما أبو حامد فى جامعه تخريجا .

(أحدهما) أنه لرب المال وعليه ؛ كالحادث عن مقارضة من دين على غيره ، فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتجر به .

(والقول الثانى) وهو الأصح أن الربح والخسران للعامل وعليه دين رب المال ، والفرق بين كون الدين عليه وبين كونه على غيره أن قبضه من غيره صحيح لانه وكيل فيه لرب المال فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثها عن ملكه وقبضه من نفسه فاسد لانه يصير مشتريا لنفسه بنفسه فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثها عن ملكه لأن فى كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال .

(فرع) وأما إذا غصبه ألفا ثم قارضه عليها فهذا على ضربين . أحدهما : أن

يكون قد استهلكها بالغصب فقد صارت بالاستهلاك ديناً ، فيكون على ماذكرنا والثانى أن تكون باقية فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقارض عليهما بعد إبرائه من ضمانها فيجوز لأنها تصير بعد الإبراء وديعة (والثانى) أن تقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها ، ففى القراض وجهان

(أحدهما) باطل لأنها مضمونة عليه كالدين وبما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

(والثانى) وهو الصحيح أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر كما لو باعها عليه أو وهبها منه . وفى براءته بذلك من ضمانها ثلاثة أوجه :

١ ـ براءته من ضمانها لأنه قد صار مؤتمنا عليها ٢ ـ لا يبرأ من ضمانها كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهن ٣ ـ أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه ، وإن تصرف فيها بدفعها فى ثمن ما ابتاعه بها برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها ، ولم يبرأ إن عاقد بها فى ذمته لأنها فى التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها ، فصار كردها عليه ، وفيما تعلق بذمته يكون مبرئا لنفسه .

فأما اذا دفع اليه عرضا وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه لم يجز لعلتين (ا) جهالة ثمنه والقراض بالمال المجهول باطل (ب) عقده بالصفه ، والقراض بالصفات باطل فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه ، وإن اتجر به كان الربح والخسران لرب المال لحدوثهما عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى عمل القراض دون القرض ، لأنه لم يجعل له فى بيع القرض جعلا ، وإنما جعل له فى عمل القراض ربحا فصار متطوعا بالبيع ممتاضا على القراض . ولو قال خذ من وكيلى ألف درهم فضارب بها لم يجز لعلة واحدة ، وهو أنه قراض بصفة وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه .

فأما إذا دفع شبكة الى صياد ليصيد بها ويكون الصيد بينهما لم يجز وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة ، وقد مضى تفصيل ذلك من التكملة الاولى ومناقشة كل من القائلين بأن الشبكة لمالكها وعليه أجر المثل للصياد . أو أن الصيد للصياد وعليه أجر الشبكة ، والاتفاق على أن الصيد لا يقسم بين الصياد والمالك مرابحة

قياسا على المزارعة . والفرق بين صيد الصياد ونتاج الماشية أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عاملها وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة فى رأى الماوردى وكان لمالك الشبكة حتى لا يضيع تعب العامل إذا لم تخرج الشبكة صيداً فى رأى السبكى وعلى صاحبها أجر مثله ، وعلى هذا لو دفع سفينة إلى ملاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز ، وكان الكسب الملاح لأنه بعمله وعليه لمالك السفينة أجرة المثل ، وهذه الاصول من أعظم ما تتميز به شريعتنا الإلهية من حماية العامل وجهده وكسبه ، وهى السمات الظاهرة المشرقة المشرفة فى مجتمع مسلم يقوم على الاسلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم ، فان قارضه على جزء مبهم لم يصح ، لأن الجزء يقع على الدرهم والالف فيعظم الضرر ، وإن قارضه على جزء مقـــدر كالنصف والثلث جاز ، لأن القراض كالمساقاة ، وقد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على شطر ما يخرج من تمر وزرع ، وان قارضه على درهم معلوم لم يصح ، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل ، وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال .

وإن قال قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأنه مجهول ، لأن هذا القول يقع على التساوى وعلى التفاضل (والثانى) يصح لأنه سوى بينهما فى الإضافة فحمل على التساوى ، كما لو قال : هذه الدار لزيد وعمرو . وإن قال قارضتك على أن لى نصف الربح ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويكون الربح بينهما نصفين ، لان الربح بينهما ، فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقى للعامل (والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأن الربح كله لرب المال بالملك ، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط ولم يشرط له شيئا فبطل

وإن قال قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لانه لم يبين ما لرب المال (والثانى) يصح ، وهو الصحيح ، لان ما لرب المال لا يحتاج الى شرط ، لانه يملكه بملك المال ، وانما يحتاج إلى شرط ما للعامل ،

فإذا شرط للعامل النصف بقى الباقى على ملك رب المال ، فعلى هذا لو قال قارضتك على أن لك النصف ولى الثلث وسكت عن السدس صح ، ويكون النصف له ، لأن الجميع له إلا ما شرطه للعامل ، وقد شرط له النصف ، فكان الباقى له .

(فصل) وإن قال : قارضتك على أن الربح كله لى أو كله لك بطل القراض لأن موضوعه على الاشتراك فى الربح ، فإذا شرط الربح لأحدهما فقد شرط ماينافى مقتضاه فبطل ، وإن دفع اليه ألفاً وقال : تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال فى ربحه ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض ، وقد قرن به حكم القرض ، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركا بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً ، وإن قال : تصرف فيه والربح كله لى فهو بضاعة ، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة ، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا فى لفظ التمليك .

(فصل) ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقى بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر ، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح مافى الكيسين لانه قد لا يربح فى ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه فيبطل حق الاخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما فى عبد يشتريه فان شرط أنه إذا اشترى عبدا أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه لم يصح العقد لانه قد لا يكون فى المال مافيه ربح غير العبد فيبطل حق الاخر

(الشرح) حديث المساقاة رواه الجماعة عن ابن عمر ولفظه « أن النبى (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع » ورواه الشيخان بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سأله اليهود أن يقرهم بها على أن يكفون عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا » وللبخارى « أعطى يهود خيبر أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها » ولمسلم وأبى داود والنسائى « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » ورواه أحمد عن عمر بلفظ

«أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا» ورواه البخاري بمعناه، ورواه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس بلفظ «أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع خيبر أرضها ونخلها مقاسمة على النصف» ورواه البخاري عن أبي هريرة بلفظ «قالت الانصار للنبي صلى الله عليه وسلم: اقسم بيننا وبين إخواننا ـ المهاجرين ـ النخل، قال: لا، فقالوا: تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة، فقالوا سمعنا وأطعنا».

أما الاحكام فقد قال الشافعي: ولا يشترط أحدهما درهما على صاحبه ومابقي سهما ويشترط أن يوليه سلعة، أو على أن يرتفق أحدهما بشيء دون صاحبه، وهذا صحيح، فقد ظهر ان عقد القراض موجب لاشتراك رب المال والعامل في الربح ولا يختص به أحدهما دون الاخر، لان المال والعمل متقابلان، فرأس المال في مقابلة عمل العامل، ولذلك وجب أن يشتركا في الربح، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما، وإذا منعنا من اختصاص أحدهما بالربح دون الاخر وجب أن يمنعا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الاخر، فمن ذلك أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهما معلوما والباقي لصاحبه أو بينهما، فلا يجوز، لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط فينفرد به أحدهما وينصرف الاخر بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح، ومثاله في البيوع أن يبيعه الثمرة إلا مدا يستثنيه لنفسه فيبطل البيع لانه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد، فيصير البائع آخذا للثمن والثمرة معا ولو شرطا تفاضلا في الربح مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره الآخر جاز لانه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح، ومثاله في البيوع أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع لأن ما بقي منها فهو مبيع وغير مبيع.

قال الماوردي: ومن ذلك أن يشترط أحدهما أن يولي مايرتضيه أو ما يكتسبه برأس ماله فيبطل القراض لأنه قد لا يكون في المشتري ربح إلا فيما تولاه فيصير مختصا بجميع الربح ويخرج الآخر بغير ربح، ومن ذلك أن يشترط أحدهما ربحا دون صاحبه، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب أو لبس ما اشتراه

من الثياب مدة بقائها فى القراض فيبطل العقد لأنه قد لا يكون فى أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح لأن المنفعة مقومة كالأعيان

فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما فهما مسألتان :

١ ـ أن يشترطا جميع الربح لرب المال

٢ ـ أن يشترطا جميع الربح للعامل ، فاذا شرطا الأول نظر فيه ، فان لم يقل رب المال عند دفعه : انه قراض ولكن قال : خذه فاشتر به وبع ولى جميع الربح فهذه استعانة بعمله وليس بقراض والعامل متطوع بعمله فيه وجميع الربح لرب المال ولا أجرة للعامل فى عمله .

وإن قال خذه قراضا على أن جميع الربح لى ، فهذا قراض فاسد وجميع الربح لرب المال ، وفى استحقاق العامل أجرة مثله وجهان (أحدهما) وهو قول المزنى إنه لا أجرة له . لانه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله (والثانى) وهو قول ابن سريج إن له أجرة مثله لعمله فى قراض فاسد ، فصار كالمزوجة من غير صداق تستحق بذلك مهر المثل .

وأما ان شرطا جميع الربح للعامل فهذا على ضربين (أحدهما) أن يقول رب المال خذه قراضا على أن جميع الربح لك ، فهذا فاسد وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له .

والضرب الثانى : أن يقول : خذه على أن جميع ربحه لك ولا يصرح فى حال الدفع بأنه قراض ، ففيه لاصحابنا وجهان (أحدهما) أن يكون سلفاً ولا يكون قراضا لانه غير منطوق به ، فعلى هذا يكون ضامنا للمال وجميع الربح له .

والوجه الثانى : أن يكون قراضا فاسدا ولا يكون قراضا ولا سلفا لانه غير منطوق به . فعلى هذا لا يكون ضامنا للمال ، ويكون جميع الربح لرب المـال ؛ وللعامل أجرة المثل .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصـل ﴾ ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع والإجارة .

{ فصل } قال الشافعى رحمه الله : ولا تجوز الشريطة إلى مدة ، فمن أصحابنا من قال لا يجوز شرط المدة فيه لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح ، ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يصح . وإن عقده إلى مدة على أن لا يشترى بعدها صح ، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء ، فاذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته .

{ فصــــل } ولا يصح إلا على التجارة فى جنس يعم كالثياب والطعام والفاكهة فى وقتها ، فان عقــــده على مالا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة فى سلعة بعينها لم يصح لأن المقصود بالقراض الربح فاذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود لأنه ربما لم يتفق ذلك ولا يجوز عقــده على أن لا يشترى إلا من رجل بعينه ، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه أو لا يبيع منه ما يربح فيه فيبطل المقصود

{ فصل } وعلى العامل أن يتولى ماجرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطى والايجاب والقبول ، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك ، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف ، والعرف فى هذه الاشياء أن يتولاها بنفسه ، فان استأجر من يفعل ذلك لزمه الاجرة فى ماله .

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفســه ، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه ، لأن العرف فى هــذه الاشياء أن لا يتولاه بنفسه ، فان تولى ذلك بنفسه لم يستحق الاجرة لأنه تبرع به .

وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يخاصم ، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة (والثانى) أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضى حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة

﴿ فصل ﴾ ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال فى القراض فلم يملكه ، فان قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثانى فى الذمه ونقد الثمن من مال القراض وربح بنينا على القولين فى الغاصب إذا اشترى فى الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح ، فان قلنا بقوله القديم إن الربح لرب المال فقد قال المزنى ههنا ان لرب المال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين . واختلف أصحابنا فى ذلك فقال أبو إسحاق هذا صحيح لأن رب المال رضى أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه والنصف الثانى بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون مارزق الله بينهما ؛ والذى رزق الله تعالى هو النصف ، فان النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك . ومن أصحابنا من قال : يرجع العامل الثانى على العامل الاول بنصف أجرة مثله لانه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال ولم يسلم له ذلك ، وان قلنا بقوله الجديد فقد قال المزنى الربح كله للعامل الاول وللعامل الثانى أجرة المثل فمن أصحابنا من قال هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثانى لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب فى غير القراض . ومنهم من قال الربح للأول كما قال المزنى لأن العامل الثانى لم يشتر لنفسه وانما اشتراه للأول فكان الربح له بخلاف الغاصب فى غير القراض ، فان ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له .

* * *

(الشرح) قال الشافعى : ولا يجوز أن يقارضه الى مدة من المدد . فاذا عرفت ماقررناه فى أول الباب من أن القراض من العقود الجائزة لا اللازمة فقد صح عقده مطلقاً بدون شرط مدة أو تحديد وقت يكون القراض فيه ، فلو شرطا مدة يكون القراض فيها لازما بطل .

فاذا ثبت هذا فاشتراط المدة على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا لرفع العقد فيها فيكون القراض باطلا لما ذكرنا .

(الثانى) أن يشترطا الفسخ فى العقد بعدها فهذا على ضربين :

(أحدهما) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة فى البيع والشراء فيكون القراض باطلا إذا فاته موجب العقد فى بيع ما حصل فى القراض من عرض .

(والثانى) أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة فى الشراء دون البيع فيكون القراض جائزا ، لأن له فسخ القراض فى الشراء عند مضى المدة فجاز أن يشترطه قبل مضى المدة .

ولو قال : خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان أو ما شئت أنت جاز لأن كذلك تكون العقود الجائزة . ولو قال : خذه ما رضى فلان مقامك أو ما شاء فلان أن يقارضك لم يجز وكان قراضا فاسدا ، لأنه لا يجوز أن يكون قراضهما موقوفا على رأى غيرهما .

ولو قال : خذ المال قراضاً ما أقام العسكر ، أو إلى قدوم الحاج نظر ، فإن شرط لزومه فى هذه المدة كان باطلا ، وإن شرط فسخه بعدها فى الشراء دون البيع ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز لما ذهما من ذلك . والثانى : لا يجوز . لأن لجهالة المدة قسطا من الغرر وتأثيرا فى الفسخ .

﴿ فرع ﴾

عقد القراض يقتضى تصرف العامل فى المال بالبيع والشراء ، فإذا قارضه على أن يشترى به نخلا يمسك رقابها ويطلب ثمارها لم يجز لأنه قيد تصرفه الكامل بالبيع والشراء ، ولأن القراض مختص بما يكون النماء فيه نتيجة البيع والشراء وهو فى النخل نتيجة عن غير بيع وشراء فبطل أن يكون قراضاً ولا يكون مساقاة ، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها ، وهكذا لو قارضه على شراء دواب أو مواشى يحبس رقابها ويطلب نتاجها لم يجز لما ذكرنا ، فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء ومنع من البيع لأن الشراء عن إذن والبيع بغير إذن ، وكان الحاصل من الثمار والنتاج ملكا لرب المال لأنه نتج عن ملكه ، وللعامل أجرة مثله فى الشرط والخدمة لأنها عمل عاوض عليها ، وحكى عن محمد بن الحسن جواز ذلك كله حتى قال : لو أطلق القراض معه جاز له أن يشترى أرضاً أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها وهذا فاسد لما بيناه .

وأما القسم الثانى وهو مئونة العمل فمنه ما يجب فى مال القراض ومنه ما يلزم العامل ولا يجب فى مال القراض . فأما الأول فأجرة النقل والشحن وأرضيات الجمارك إذا لم يتأخر عن تسلمها من إهمال ، وأجر الصوامع والمخازن ، وما صار معهوداً من الرسوم والضرائب والدمغات التى لا يقدر على عدم أدائها فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال ثم وضعه من الربح الحاصل فيه ليكون الفاضل بعد ذلك من الربح هو المقسوم بينهما على شرطهما .

وأما ما يلزم العامل مالياً فما يدفع من المخالفات ورسوم الأرضية فى الجمارك نتيجة الإهمال فى ترك الاسراع لتسلمها وتخليصها ، وما يلزمه عملياً فهو ما يفعله التجار من تحرير العقود ومباشرة عمليات التسويق والبيع وتنضيد السلع وعرضها وكتابة الأسعار عليها إن كانت أوامر السلطان تقضى بذلك . أما الاعلان عن السلعة فى الصحف أو الحوائط أو شاشات العرض فتكون فى مال القراض .

وأما القسم الثالث وهو نفقة العامل فهو نوعان (أحدهما) ما يختص العامل بالتزامه كمأكوله وملبوسه ونفقة إقامته (والثانى) نفقة سفره ، فالذى رواه المزنى فى مختصره أن له النفقة بالمعروف . وقال فى جامعه الكبير : والذى أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة فى كل يوم وهما يشتريه فيكتسبه ، فروى فى مختصره وجامعه وجوب النفقة ، وجعلها فى جامعه معلومة كنفقات الزوجات ، وفى مختصره بالمعروف كنفقات الأقارب ، فهذا ما رواه المزنى . وروى أبو يعقوب البويطى أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة حاضراً كان أو مسافراً . فاختلف أصحابنا ، فكان أبو الطيب وأبو حفص بن الوكيل يجعلان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين (أحدهما) وهو رواية المزنى أنه ليس له النفقة فى سفره لاختصاص سفره بمال القراض بخلاف نفقة الاستيطان

والقول الثانى : لا نفقة له لما فيه من اختصاصه بالربح أو بشىء منه دون رب المال .

وقال أبو إسحاق المروزى وأبو على بن ابى هريرة : لا نفقة له قولا واحداً على ما رواه البويطى ، وحملا رواية المزنى على نفقة المبتاع دون العامل ، وهذا

التأويل مدفوع بما بينه المزنى فى جامعه الكبير بقوله : نفقة معلومة فى كل يوم ، وثمن مايشتريه به فيكتسبه .

(فرع) قال الشافعى : وإذا سافر كان له أن يكترى من المال من يكفيه بعض المئونة فى الأعمال التى لا يعملها العامل ، وله النفقة بالمعروف اه

والكلام فى هذه المسئلة التى ذكرها المصنف واستدللنا له عليها بقول الشافعى مشتمل على ثلاثة أقسام :

١ — فى جواز سفر العامل بمال القراض ٢ — فى مئونة العمل
٣ — فى نفقة العامل

فأما الأول فلرب المال معه ثلاثة أحوال (١) أن ينهاه عن السفر به فلا يجوز أن يسافر إجماعا ، فإن أذن له فى السفر الى بلد لم يجز أن يسافر الى غيره ، وان لم يخص به بلداً جاز أن يسافر به الى البلدان المأمونة المسالك والأمصار التى جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم اليها ولا يخرج عن العرف المعهود فيها ، وفى البعد الى أقصى البلدان ، فإن أبعد إلى أقصى البلدان ضمن المال

(ب) أن يطلق فلا يأمره ولا ينهاه ، فقد اختلف الناس فى جواز سفره بالمال ، فذهب الشافعى أنه لا يجوز أن يسافر به قريبا ولا بعيداً سواء رد الامر الى رأيه أم لا .

وقال أبو حنيفه يجوز له أن يسافر بالمال اذا رأى ، وان لم يأمره بذلك ما لم ينهه ، وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف : يجوز أن يسافر بالمال الى حيث يمكنه الرجوع من قبل الليل ، وقال محمد بن الحسن : يجوز له أن يسافر بالمال الى حيث لايلزمه اليه مؤونة . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « ان المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله » يعنى على خطر ، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال ، ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل ، ولأن كل سفر منع منه الوكيل منع منه العامل ، كالسفر البعيد .

(فرع) قال الشافعى : فإن قارض العامل بالمال آخر من غير اذن صاحبه فهو ضامن ، فإن ربح به صاحب المال شطر الربح ثم يكون للذى عمل شطره مما بقى

قال المزنى : هـذا قوله فى القديم وأصل قوله الجديد المعروف أن كل عقد فاسد لا يجوز . قال المزنى : فإن اشترى بعين المال فهو فاسد ، وإن اشترى بغير العين جائز والربح للعامل الأول وعليه الضمان ، وللعامل الثانى أجرة مثله فى قياس قوله .

وقال الماوردى : إن العامل فى القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض مالم يأذن له رب المال به إذناً صحيحاً صريحاً . وقال أبو حنيفة : إن قال له رب المال عند دفعه له : اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضا إلى غيره لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يقارض لأنه من رأيه . وهذا خطأ لأن قوله : اعمل فيـه برأيك يقتضى أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه ، فإذا قارض به كان العمل لغيره ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز ، وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمـــل غيره ، فكذلك اذا قارض ببعضه ، فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال الا بإذن صريح من رب المال فلا يخلو رب المال من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يأذن له فى العمل بنفسه ولا يأذن له فى مقارضة غيره (والثانى) أن يأذن له فى مقارضة غيره

فأما القسم الاول فإن قارض غيره بالمـال فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه كالغاصب فيكون ربحه حكمه حكم الغاصب . ولمن يكون الربح ؟ على قولين: أحدهما وهو القديم أن ربح المغصوب لرب المال ، فعلى هذا قال المزنى ههنا ان لرب المـال نصف الربح والنصف الآخر بين العاملين الاول والثانى

فاختلف أصحابنا فى ذلك ، فكان أبو العباس بن سريج يقول :

يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المـال ، لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصـوب من غير مقارضه ، فإذا أخذ رب المـال ماله وربحه كله رجع العامل الثانى على العامل الاول بأجرة مثله لأنه هو المستهلك لعمله والضامن له بقراضه ، فلو تلف المـال فى يد العامل الثانى كان رب المال بالخيار فى الرجوع برأس ماله وربحه على من شاء منهما ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده ، فإن أغرم الأول لم يرجع على الثانى بشىء لانه أمينه فيما غرمه . وان أغرم الثانى رجع على الاول بما غرمه مع أجرة مثل عمله ، ولا يلزم رب المال ــ وان

أخذ جميع الربح — أن يدفع الى واحد من العاملين أجرة المثل لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة .

وذهب أبو اسحاق المروزى وأبو على بن أبى هريرة وجمهور أصحابنا الى أن ماروواه المزنى على هذا القول صحيح ، وأن رب المال ليس له من الربح الا نصفه خلاف المأخوذ غصباً محضاً ، لأن رب المال فى هذا الموضع دفع المال راضيا بالنصف من ربحه وجاعلا نصفه الباقى لغيره ، فلذلك لم يستحق منه الا النصف . فأما النصف الثانى فقد روى المزنى أنه يكون بين العاملين : فاختلف أصحابنا على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى أن هذا خطأ من المزنى فى نقله ، ويجب أن يكون النصف الباقى من الربح للعامل الاول ولا حق فيه للثانى لفساد عقده ، ويرجع على الاول بأجرة مثل عمله ، فجعل الربح بين رب المال والعامل الاول ، ويجعل للثانى أن يرجع بأجرة مثله على الاول . والوجه الثانى وهو قول أبى على بن أبى هريرة أن نقل المزنى صحيح ويكون النصف الباقى من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما ، لأنه لما جرى على العامل الاول حكم القراض مع رب المال جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثانى ، فهذا حكم قوله الجديد .

(والثانى) وهو قوله فى الجديد : ان ربح المال المغصوب للغاصب ، فعلى هذا لا شيء لرب المال فى الربح وله مطالبة أى العاملين شاء برأس ماله ، لأن الأول ضامن بعدوانه والثانى ضامن بيده . وقال أبو حنيفة : ان الربح للغاصب دون المغصوب لأن كل نماء حدث عن سبب كان ملك النماء لمالك السبب ، وربح المال المغصوب ناتج عن التقلب والعمل دون المال فاقتضى أن يكون ملكا لمن له العمل دون من له المال ، وهذه هى النظرية الحديثة المعاصرة التى تقول بأن فائض القيمة ناتج عن عمل العامل

وأما الثالث وهو أن يأذن له فى مقارضة غيره ولا يأذن له فى العمل بنفسه فهو وكيل فى عقد القراض مع غيره ، فلم يجز أن يقارض نفسه كوكيل البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه . ثم ينظر فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه لم

يجز أن يعدل عنه إلى غيره وإن لم يعينه له اجتهد رأيه فيمن يراه أهلا لقراضه من ذوى الأمانة والخبرة . فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز ، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان . فإن عدل عن ذلك كان ضامناً . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال فان أذن له فى صنف لم يتجر فى غيره ، لأن تصرفه بالاذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه ، فإن قال له اتجر فى البز جاز أن يتجر فى أصناف البز من المنسوج من القطن والابريسم والكتان وما يلبس من الأصواف ، لأن اسم البز يقع على ذلك كله ، ولا يجوز أن يتجر فى البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز. وهل يجوز أن يتجر فى الأكسية البركانية ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يجوز لأنه يلبس فأشبه الثياب (والثانى) لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز . ولهذا لا يقال لبائعه بزاز ، وإنما يقال له كسائى ، ولو أذن له فى التجارة فى الطعام لم يجز أن يتجر فى الدقيق ولا فى الشعير ، لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة .

(فصل) ولا يشترى العامل بأكثر من رأس المال ، لأن الاذن لم يتناول غير رأس المال ، فإن كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ؛ ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن فى البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالاذن . وأما الثانى فينظر فيه فان اشتراه بعين الألف فالشراء باطل ، لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه فى البيع الاول فلم يصح ، وإن اشتراه بألف فى الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن فى ماله لأنه اشترى فى الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء له

(فصل) ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف الا على النظر والاحتياط ؛ وإن اشترى معيبا رأى شراءه جاز لان المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح فى المعيب ، وان

اشترى شيئا على أنه سليم فوجده معيبا جاز له الرد ؛ لأنه فوض اليه النظر والاجتهاد فملك الرد

{ فصل } وان اختلفا فدعا أحدهما الى الرد والآخر إلى الامساك فعل ما فيه النظر لان المقصود طلب الحظ لهما : فإذا اختلفا حمل الامر على ما فيه الحظ ؛

{ فصل } وان اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال لان القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد فى شراء من يعتق عليه وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير اذنها ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمها لان المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لان النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها (والثانى) يلزمها لان المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره فى الربح فلزمها شراؤه

{ فصـــل } ولا يسافر بالمال من غير اذن رب المال لانه مأمور بالنظر والاحتياط ، وليس فى السفر احتياط ، لان فيه تغريراً بالمال ، ولهذا يروى أن المسافر ومتاعه لعلى قلت ، فان أذن له فى السفر فقد قال فى موضع له أن ينفق من مال القراض ، وقال فى موضع آخر لا نفقة له ، فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولا واحدا لان نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الاقامة ؛ وتأول قوله على ما يحتاج اليه لنقل المتاع وما يحتاج اليه مال القراض . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) لا ينفق لما ذكرناه (والثانى) ينفق لان سفره لاجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال .

فإن قلنا ينفق من مال القراض ففى قدره وجهان (أحدهما) جميع ما يحتاج اليه ، لان من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته (والثانى) ما يزيد على نفقة الحضر لان النفقة انما لزمته لاجل السفر فلم يلزمه الا ما زاد بالسفر

(فصل) وإن ظهر فى المال ربح ففيه قولان (أحدهما) أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة لانه لو ملك حصته من الربح لصار شريكا لرب المال حتى اذا هلك شىء كان هالكا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئاً (والثانى) أن العامل يملك حصته من

الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال .

(فصل) وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لى رأس المال ، وإن كان الذى امتنع هو العامل لم يجز إجباره لأنه يقول لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه ، وإن تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا ، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال

(فصل) وإن اشترى العامل من يعتق عليه فإن لم يكن فى المال ربح لزم الشراء فى مال القراض لأنه لا ضرر فيه على رب المال ، فإن ظهر بعدما اشتراه ربح ، فإن قلنا انه لا يملك حصته قبل القسمة لم يعتق ، وإن قلنا إنه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته ؟ فيه وجهان (أحدهما) إنه يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه فعتق .

(والثانى) لا يعتق لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله ، وإن اشترى وفى المال ربح ، فان قلنا إنه لا يعتق عليه صح الشراء لأنه لا ضرر فيه على رب المال . وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه .

(الشرح) قد ذكرنا أن القراض خاص وعام ، فأما العام فهو أن يطلق تصرف العامل فى كل ما يرجو فيه ربحاً ، فهذا جائز على عموم التصرف ، وأما الخاص فهو أن يخص بالعامل على نوع واحد فهو على ثلاثة أضرب :

(أحدها) ما يوجد فى عموم الاحوال كالحنطة والبر فيجوز ، ويكون مقصور التصرف على النوع الذى أذن فيه . فلو أذن له أن يتجر فى البز جاز له أن يتجر فى صنوف البز كلها وجاز أن يتجر فى القطن والكتان والحرير والصوف ولا يجوز أن يتجر فى البسط والفرش . وهل يجوز أن يتجر فى الثياب والاكسية أم لا ؟ على وجهين :

(أحدهما) يجوز لأنها ملبوسة (والثانى) لا يجوز لخروجها عن اسم البز

فلو أذن له أن يتجر فى الطعام اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق . وقال محمد بن الحسن : يجوز أن يتجر فى الحنطة والدقيق ، وعندى أن تصنيف السلع يمكن أن تقوم على ما جرى العرف بتناسقه وانسجامه واعتبار التاجر فيه جامعاً لما يندرج تحته بالعرف لمفردات المجموعة من الاصناف المتشابهة التى يتجر فيها فلو أذن له فى البقالة اندرج تحت هـذا الاسم أنواع الجبن والزيتون والمعلبات والصابون والمأكولات المجففة .

وإذا أذن له فى الخردوات (البازار) اندرج تحت هـذا الاسم مجموعة من الاصناف كالخيوط والاشرطة والعطور وما أشبه ذلك . وهـكذا فى كل مجموعة من السلع المتشابهة يطلق على من يتجر فيها اسم عندما يسمعه المرء مثلت للذهن أصناف متجره بغير عناء ،

فإذا أذن له فى فتح محل حاتى فلا يفتح مسمطا ولا فوالا ولا طباخا ، وان كانت كلها مأكولات ، ولكن العرف حدد لكل نوع منها اسمه الذى لا يختلط بغيره وهكذا .

فإذا أذن له فى أن يتجر فيما ندر وجوده وعز مطلبه ، كالياقوت الاحمر والخيل البلق والعبيد الخصيان فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده لانه على غير ثقة من وجوده . فاذا أذن له أن يتجر فى ثمار موسمية كالثمـار والفواكه فينظر فى عقد القراض ، فان كان فى غير أوان تلك الثمار فالقراض باطل ، فان جاءت تلك الثمار من بعد لم يصح القراض بعد فسـاده ، وان كان ذلك فى أوان الثمار وإبانها فالقراض جائز ما كانت تلك الثمار باقية ، فان انقطعت ففى القراض وجهان (أحدهما) قد بطل بانقطاعها ، وليس له فى العام المقبل أن يتجر فيها الا باذن وعقد مستجد .

والوجه الثانى : أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه فى كل عام أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول . أما اذا كان انقطاعه فى العام قليلا فالقراض على وجهه وحاله .

(فرع) إذا تقرر أنه لا يشترى إلا فى حدود رأس المال المأذون فيه كان ممنوعا من البيع والشراء نسيئة ، فإذا عاقد بالنساء فذلك نوعان بيع وشراء فالشراء ضربان .

(أحدهما) أن يشترى بالنساء فى مال القراض فيكون الشراء باطلا .

(والثانى) أن يشترى بالنساء فى ذمته فيكون الشراء لازما له ، وأما البيع فباطل ولا ضمان عليه مالم يقبضه فإن قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض ، وعليه استرجاعه ما كان باقيا ، فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشترى ، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشترى ، وإن أغرم المشترى لم يرجع على العامل لأن الغرم ثبت على من كان فى يده التلف .

فلو قال رب المال للعامل : اعمل فى القراض برأيك لم يجز أن يعاقد بالنساء وإذا قارضه على غير مال ليشترى بالنساء فإن القراض باطل لأنه يصح فى الأعيان ولا يصح فى الذمم ، ولو قارضه على مال فأذن له فى الشراء بالنساء لم يكن للعامل أن يشترى نساء بأكثر من مال القراض قدراً لأن مازاد عليه خارج منه .

(فرع) لا يجوز له أن يبيع بأقل من ثمن المثل إلا إذا كان عن رغبة فى تأليف المبتاعين وترويج السلعة والقناعة بالقليل من الربح ما دام يتصرف على النظر والاحتياط وتوخى ما فيه الحظ له ولصاحبه بشرط أن لا يكون كثيراً لا يتغابن الناس بمثله .

(فرع) قال الشافعى : ومتى شاء رب المال أخذ ماله قبل العمل وبعده ومتى شاء العامل أن يخرج من القراض يخرج منه ، وقد سبق أن قررنا أن عقد القراض عقد جواز وليس عقد لزوم فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده مع وجود الربح أو حدوث الخسران ؛ فإذا فسخها أحدهما انفسخت فصار كاجتماعهما على فسخها ، فاذا كان المال من جنس رأس المال فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء سواء كان هو الفاسخ أو صاحبه ، ثم نظر فان كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما ؛ وإن لم يكن فيه فضل أو كان فيه خسران أخذه رب المال ولا شيء فيه للعامل ، وإن كان من غير جنس رأس المال فحكم

هذا كحكمه لو كان عرضاً ، ولهما فى العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال .

(ا) أن يجتمعا على بيعه فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده فاذا قضى ثمنه أخذ رب المال ماله فضلا إن كان فيه .

(ب) أن يتفقا على ترك بيعه فهذا على نوعين :

أحدهما : لا يكون فى ثمنه — لو بيع — فضل ، فقد سقط حق العامل منه فصار العرض ملكا لرب المال بزيادته ونقصه ، فان زاد ثمنه بعد ترك العامل له لم يكن له حق فى زيادته لخروجه بالترك عن قراضه .

والنوع الثانى : أن يكون فى ثمنه فضل لو بيع عند تركه نظر فى ترك العامل فان كان قد تركه إسقاطا لحقه فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكا لرب المال ولا شىء للعامل فيه ، وإن كان قد ترك تأخير البيع فهو على حقه من فضل ثمنه وله بيعه متى شاء .

(ج) أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه فهذا على ضربين .

أحدهما : أن لا يرجو فى ثمنه فضلا ، ولا يأمل ربحاً فليس له بيعه ، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً .

والضرب الثانى : أن يرجو فى ثمنه فضلا ويأمل ربحاً فله بيعه وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح ، فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ففى منعه من بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين فى سيد العبد الجانى إذا امتنع المجنى عليه من بيعه وبذل له قدر قيمته .

(أحدهما) يمنع المجنى عليه من بيعه لوصوله إلى قيمته ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى حقه .

(والقول الثانى) أن المجنى عليه لا يمنع من بيع الجانى ، وكذلك لا يمنع العامل من بيع القراض لأنه قد يرجو زيادة على القيمة لوجود راغب .

(د) أن يدعو رب المال إلى بيعه ويمتنع العامل منه ، فان كان امتناعه تركا لحقه منه ففى إجباره على بيعه وجهان ، أحدهما : لا يجبر عليه لان البيع والشراء انما يلزم فى حقهما وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقا لهما .

والثانى : أن يجبر على بيعه ، لأن رأس المال مستحق عليه وليس العرض هو رأس المال وإنما هو بدل عنه .

(فرع) سبق أن قررنا أنه لا يجوز له أن يسافر بغير إذن رب المال وأوضحنا من النفقات ما يؤخذ من القراض بالمعروف كنفقة الأقارب أو مقدرة كنفقة الزوجة ؛ وقال أبو حنيفة : له فى نفقته أجرة حمامه وعلاجه وطبيبه ومايباح من شهواته . وهذا غير صحيح من وجهين .

(أحدهما) أن نفقات الزوجات أوكد من نفقات العامل ومع ذلك ليس فيها شىء من ذلك .

(والثانى) أن ذلك مما لا يختص بالسفر ولا بعمله ، على أن من أصحابنا من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر ، وحكاه أبو على بن أبى هريرة عن بعض متقدميهم وهو أشبه بالقياس ، فان دخل فى سفره بيتاً فله النفقة ماأقام فيه مقام المسافر مالم يتجاوز أربعا فإن زاد على إقامة أكثر من أربع نظر ، فان كان بغير مال القراض من مرض طرأ أوعارض يختص به فنفقته فى ماله دون القراض وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظارا لبيعه وقبض ثمنه أو التماسا لحمله أو لسبب يتعلق به فنفقته فى سفره لاختصاصه بالقراض .

قال الشافعى : وإن خرج بمال لنفسه كانت النفقة على قدر المالين بالحصص ، ويستفاد من ذلك أنه يصح أن يسافر بمال نفسه مع مال القراض ، ومنعه بعض العراقيين لأن عمله مستحق فى مال القراض فصار كالأجير ، وقد خطأ بعض أصحابنا هذا لانه إذا كان له أن يعمل فى ماله ومال القراض حضراً جاز له ذلك سفرا ولان عمله فى القراض لا يمنعه من العمل فى جميع الاعمال ما دام يؤدى مالزمه من عمل القراض وسواء فيها لسواه ممسكا أو عاملا فلو شرطه فى العقد أن لا يسافر بمال لنفسه بطل القراض لانه قد أوقع عليه حجرا غير مستحق ، والمطلوب منه أن لا يخلط ماله بمال القراض ، وعليه تمييز كل واحد من المالين ، فان خلطهما فعلى ضربين .

(أحدهما) أن يكون باذن رب المال فيجوز ويصير شريكا ومضاربا ، ومؤونة

المال مقسطة على قدر المالين ، ونفقة نفسه إن قيل : إنها لا تجب فى مال القراض فهو مختص بها ، وإن قيل انها تجب فى مال القراض فهى مقسطة على قدر المالين (والثانى) أن يخلط المالين بغير إذن رب المال فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه فيلتزم نفقة نفسه ، وتكون نفقة المالين بقدر الحصص وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض وللعامل أجرة المثل بحيث لا يوجب له أجرة كاملة لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض

(فرع) إذا أبضع رب المال عامله فى مال القراض بضاعة - أى أعطاه قطعة من المال يتجر فيها لنفسه - يختص بربحها جاز إن كان من غير شرط فى القراض ولم يجز ان كان عن شرط وخالف مالك

(فرع) إذا ادعى ظهور الربح فى المال وطالب بالقسمة لم يجبر المالك ما لم يعترف بظهور الربح أو يتحاسبان فيظهر له الربح . ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته فاذا حضر المال وتحاسبا فوجدا رأس المال ناقصا ترادا الربح ليستكمل رأس المال . ولو رضى رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففى جوازه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه احتياط لهما تركاه (والثانى) لا يجوز . وقد ذكره الشافعى فى موضع لأنهما يتحاسبان على جهالة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ والعامل أمين فيما فى يده فان تلف المال فى يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال فى التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع ، فان دفع اليه ألفا فاشترى عبدا فى الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده فى ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفى الثمن وجهان :

(أحدهما) أنه على رب المال لانه اشتراه له فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل فى الذمة ما وكل فى شرائه فتلف الثمن فى يده قبل أن ينقده .

(والثانى) أن الثمن على العامل ، لان رب المال لم يأذن له فى التجارة إلا فى رأس المال فلم يلزمه ما زاد .

وان دفع اليه ألفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان :

أحدهما: يتلف من رأس المال وينفسخ فيه القراض لانه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه .

والثاني : أنه يتلف من الربح لانه تصرف في المال فكان في القراض ، وان قارضه رجلان على مالين ، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم أشكلتا عليه ففيه قولان « أحدهما » تباعان فان لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال ، وإن كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح ؛ وان كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لانه حصل بتفريطه ، والقول الثاني أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما ، لانه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما

﴿ فصل ﴾ ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ اذا شاء لانه تصرف في مال الغير باذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة . فان فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز . وإن باعاه جاز لان الحق لهما ، وان طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر ، لان حق العامل في الربح ، وذلك لا يحصل الا بالبيع

فان قال رب المال أنا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل ، فان قلنا انه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه ، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه . وان قلنا لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني اذا امتنع المولى عن بيعه وضمن المجنى عليه قيمته «أحدهما» لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد بذل له حقه «والثاني» أنه يجبر لانه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد في قيمته .

وان طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لان حق رب المال في رأس المال ولا يحصل ذلك الا بالبيع ، فان قال العامل أنا أترك حقي ولا أبيع فان قلنا ان العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه ، لانه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب . وان قلنا انه لا يملك بالظهور ففيه وجهان :

« أحدهما » لا يجبر على بيعه لان البيع لحقه وقد تركه فسقط

« والثاني » يجبر لان البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله ، فاذا رضي

بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله ، وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل فى العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده .

(فصل) وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون كالوديعة والوكالة . وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولى أن يعقد القراض والمال عرض ، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق يجوز لأنه ليس بابتداء قراض ، وإنما هو بناء على مال القراض لجاز . ومنهم من قال لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز .

(فصل) وإن قارض فى مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال ، لأن الذى يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله ، وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث ، وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء .

(فصل) وإن قارض قراضاً فاسداً وتصرف العامل نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقى الإذن فملك به التصرف ، فان حصل فى المال ربح لم يستحق العامل منه شيئا لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض .

فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه فان لم يرض الا بربح استحق لأنه لم يرض أن يعمل إلا بعوض ، فاذا لم يسلم له رجع الى أجرة المثل ، وان رضى من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففى الاجرة وجهان

(أحدهما) لا يستحق وهو قول المزنى لأنه رضى أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض

(والثانى) أنه يستحق وهو قول أبى العباس لأن العمل فى القراض يقتضى العوض فلا يسقط بإسقاطه كالوطء فى النكاح .

وإن كان له على رجل دين فقال اقبض مالى عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض ، لان قبضه له من نفسه لا يصح ، فاذا قارضه عليه فقد

قارضه على مال لا يملكه فلم يصح ، فإن اشترى العامل شيئا فى الذمة ونقد فى ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان

(أحدهما) أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لانه اشتراه له باذنه ونقد فيه الثمن باذنه وبرئت ذمته من الدين . لانه سلمه الى من اشترى منه باذنه ويرجع العامل بأجرة المثل لانه عمل ليسلم له الربح ولم يسلم فرجع الى أجرة عمله .

(والثانى) أن الذى اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه . لان رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له

(فصل) وان اختلف العامل ورب المال فى تلف المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، أو فى الخيانة فادعاها رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لانه أمين والاصل عدم الخيانة فكان القول قوله كالمودع

(فصل) فان اختلفا فى رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يقبل قوله لانه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله فى الرد كالمستعير (والثانى) يقبل قوله لان معظم منفعته لرب المال ، لان الجميع له إلا السهم الذى جعله للعامل فقبل قوله عليه فى الرد كالمودع

(فصل) فان اختلفا فى قدر الربح المشروط فادعى العامل انه النصف وادعى رب المال انه الثلث تحالفا ، لانهما اختلفا فى عوض مشروط فى العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا فى قدر الثمن ، فان حلفا صار الربح كله لرب المال ويرجع العامل بأجرة المثل لانه لم يسلم له المسمى فرجع ببدل عمله

(فصل)

وان اختلفا فى قدر رأس المال ، فقال رب المال ألفان ، وقال العامل ألف فان لم يكن فى المال ربح فالقول قول العامل لان الاصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به ، وان كان فى المال ربح ففيه وجهان

أحدهما : أن القول قول العامل لما ذكرناه .

والثاني : أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط ، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط اختـلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن وهذا اختلاف فيما قبض فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فان القول قول البائع .

﴿ فصل ﴾ وإن كان في المال عبد فقال رب المـال اشتريته للقراض ، وقال العامل اشتريته لنفسي أو قال رب المـال اشتريته لنفسك ، وقال العامل اشتريته للقراض فالقول قول العامل لانه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع اليه ، فان أقام رب المـال البينة انه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان ،

(أحدهما) أنه يحكم بالبينة لانه لا يشتري بمال القراض الا للقراض .

(والثاني) أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي فلا يكون للقراض لبطلان البيع .

﴿ فصل ﴾ وان كان في يده عبد فقال رب المـــال كنت نهيتك عن شرائه وأنكر العامل فالقول قول العامل لان الاصل عدم النهي ولان هذا دعوى خيانة والعامل أمين فكان القول فيهما قوله .

﴿ فصل ﴾ وإن قال ربحت في المال ألفا ثم ادعى أنه غلط فيه أو أظهر ذلك خوفا من نزع المال من يده لم يقبل قوله لان هذا رجوع عن الاقرار بالمال لغيره فلم يقبل كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط ، فان قال قد كان فيه ربح ولكنه هلك قبل قوله لان دعوى التلف بعد الاقرار لا تكذب اقراره فقبل .

(الشرح) سبق أن قررنا أن القراض عقد معونة وارفاق يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين وليس بلازم لهما ، ويجوز فسخه لمن شاء منهما ؛ فهو عقد ائتمان كالوديعة والعارية ، فاذا تلف في يده فعلى تفصيل نضرب له مثلا يجتمع فيه

صور المسألة : رب مال دفع ألفى دينار قراضا فتلف أحد الألفين فى يد العامل وبقى ألف ، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل لها فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضا .

(والقسم الثانى) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع ثم تلفت الالف من ثمن ما باع فيكون رأس المال كلا الألفين ويلزم العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها بالتصرف الكامل قد صارت قراضا .

(القسم الثالث) أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضا وتلف العرض قبل بيعه ففيه وجهان ، أحدهما : أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها فى الابتياع فعلى هذا يكون رأس المال الفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها قد صارت قراضا .

(والوجه الثانى) أن الالف التالفة لا تصير قراضا لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها فعلى هذا يكون رأس المال ألفى درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الالف التالفة لانها لم تصر قراضا .

فاذا دفع رب المال ألف درهم قراضا فاشترى العامل بها عرضا ثم تلفت الالف قبل دفعها فى ثمن العرض فلا يخلو حال الشراء من أمرين (أحدهما) أن يكون قد تعين الالف فيكون الشراء باطلا ، لان تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع ، فعلى هذا قد بطل القراض ويسترجع البائع عرضه (والثانى) أن يكون الشراء فى ذمة العامل ولم يعقده على عين الالف ففى الشراء وجهان .

(أحدهما) يكون للعامل لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفا اليه ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : ان ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض .

(والوجه الثانى) أن الشراء يكون فى القراض لانه معقود له ، وهذا على الوجه الذى يقول فيه الشافعى : ان ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل فى

القراض ، فعلى هذا يجب على رب المـــال أن يدفع ألفا ثانية ، تصرف فى ثمن العرض ، يصير رأس المال ألفى دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها فى ثمن العرض لزم رب المـال أن يدفع ألفا ثالثة ، ويصير رأس المـال ثلاثة آلاف دينار ، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين .

فإذا دفع ألفا قراضا فعمل بها العامل وخسر مائة وأخذ منها رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقى فصارت ألفا وخمسمائة وأرادا أن يعرفا قدر رأس المـال ليقتسما الربح ، فوجه العمل فيه أن يقال لمـا خسر فى الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة دينار أحد عشر ديناراً وتسع ، وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين وثمانية أتساع دينار فلو كان قد خسر العامل مائتى دينار واسترجع رب المال مائة صار رأس المـال ثمانمائة وخمسة وسبعين لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون ثم على هذا القياس .

﴿ فرع ﴾

قال الشافعى : وإن مات رب المال صار لوارثه فإن رضى ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه ، وإن مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه وهذا كما قال : عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال والعامل لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها وهما فى العقد سـواء ، لأنه تم بهما وهو غير لازم ، فإذا بطل بموت كل واحد منهما لم يخل أن يكون الميت هو رب المال أو العامل ، فان كان الميت منهما هو رب المال لم يخل أن يكون المال ناضا أو عرضا ، فان كان ناضا ــ والناض النقود ــ منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المـال ويقاسموا العامل على ربح إن كان ، فان أذنوا له فى المقام على قراض أبيهم كان ذلك عقداً مبتدأ ، فلا يخلو حالهم فيه من أحد أمرين ، إما أن يكونوا عالمين بقدر المـال أو جاهلين به ، فان

كانوا عالمين بقدره صح القراض إن كانوا أهـل رشد لا يولى عليهم ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا وإن كانوا بخلاف ذلك لم يصح إذنهم ، ثم إذا صح فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المـال أو لم يحصل ؛ فان لم يحصل فكل المال الذى فى يده قراض لورثة ربه ، وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه فهو شريك فى المـال بحصته من ربحه ، ويختص بما يحصل من فضله ومضاربته فيما يبقى من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه .

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المـال عند إذنهم له بالقراض ففيه وجهـان مخرجان من وجهين .

(أحدهما) أن القراض باطل لأنه معقود بمال مجهول .

(والثانى) أن القراض صحيح لانه مبتدأ لعقد صحيح ، فإن كان مال القراض عند موت ربه عرضا فقد قال الماوردى : للعامل بيعه من غير استئذان الورثة ، ولا يجوز ان يشترى بثمنه شيئا من غير إذن الورثة لأن البيع من حقوق العقد المـاضى ، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف ، فإن أذن له الورثة فى المقـام على قراض أبيهم — فإن كان بعد بيعه للعرض فقد صار الثمن ناضا — أى نقوداً — فيكون كاذنهم له بالقراض والمال ناض .

وإن كان قبل بيع العرض ففى جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران ، أحدهما وهو قول أبى على بن أبى هريرة : إن القراض باطل لأن عقده بالقرض باطل . الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى أن القراض جائز لانة استصحاب لعقد جائز .

وإن كان الميت منهما هو العامل فليس لوارثه أن يبيع ويشترى سواء كان المال ناضا أو عرضا ، والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه أن يبيع إلا باذن رب المـال أن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف فى المال سـواء كان المال لربه أو لوارثه ، وما أوجب ائتمان وارث العامل فى المال لا مع ربه ولا مع وارثه ، وإذا كان كذلك نظر فى المال ، فان كان ناضا استرجع رب المال رأس ماله واقتسما

ربحا ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل فى المقام على القراض صح أن كانا عالمين بقدر المال . ويبطل ان كانا جاهلين بقدره وجها واحداً .

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر وبين أن يموت رب المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل ، فاذا مات رب المال كان المقصود من الامرين باقيا لجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده ، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه ، واذا مات العامل فقد فات أخذ المقصود به فلم يمكن استصحاب العقد المتقدم وكان استئناف عقد مع وارثه فبطل بحدوث الجهالة فيه .

وان كان مال القراض عند موت العامل عرضا لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير اذن رب المال به ، فاذا أذن له باعه واقتسما بعد رد رأس المال بفضل ان كان فيه ، فلو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل ـ فان كان بعد بيع العرض والعلم بثمنه ـ صح ، وان كان العرض باقيا أو ثمنه مجهولا بطل وجها واحدا لما ذكرنا .

﴿ فرع ﴾

قال الشافعى : وبيع ما كان فى يديه مع ما كان من ثياب أو أداة للسفر أو غير ذلك مما قل أو كثر ، فان كان فيه فضل كان لوارثه وان كان خسرانا كان ذلك فى المال ، وهذا كقوله : واذا بطل القراض بموت أحدهما وجب بيع كل ما كان من مال القراض من غير عرض للتجارة أو أداة للسفر .

قال الشافعى : مع ما كان من ثياب فتمسك بذلك من ذهب من أصحابنا الى أن للعامل أن ينفق على نفسه فى سفره من مال القراض ، لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها فى القراض وهو لعمرى ظاهر يجوز التمسك به وقد تأوله من ــــ ذلك الى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة ، أو اشتراها لنفسه وهى غير مختصة بسفره ، فاذا بيع جميع ما وصفنا فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أنواع .

١ ــ أن يكون بقدر رأس المال فهو لرب المال ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه

٢ ــ أن يكون أكثر من رأس المال فلرب المال أن يأخذ رأس ماله ثم العامل

شريكه فى الربح على مقتضى الشرط من نصف أو ثلث أو ربع ، فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضا — نقوداً — نظر فيه ، فإن كانا قد عينا حق العامل منها فيه كان التالف منه تالفاً بالحصص . وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه فالتالف منه تالف من الربح وحده ، لأن الربح قبل أن يتعين ملك للعامل مرصد لجبران رأس المال .

٣ ـ أن يكون أقل من رأس المال ، إما بخسران حصل فى المال أو لحادث أتلف شيئا منه فيكون ذلك عائداً على رب المال دون العامل ، لأن الربح يعود عليهما والخسران مختص برب المال .

فإن قيل فهلا كان الخسران عليهما كما كان الربح لهما ؟ قيل هما فى الحكم سواء وإن عاد الخسران على رب المال لأن الخسران يعود اليه ، الى ماتناوله عقد القراض ، لأنه إنما تناول عملا من جهة العامل ومالا من جهة رب المال : فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله وعلى رب المال بذهاب ماله . فعلى هذا لو شرطا فى عقد القراض تحمل العامل الخسران كان القراض باطلا لاشتراطهما خلاف موجبه .

(فرع) قال المزنى : وإن دفع مالا قراضا فى مرضه وعليه دين ثم مات بعد أن اشترى وباع وربح أخذ العامل ربحه واقتسم الغرماء ما بقى من ماله ، وهذا صحيح لأنه يجوز للمريض أن يدفع مالا قراضا لما فيه من تثمير ماله ، وسواء قارض العامل على تساو فى الربح او تفاضل فكان أقلهما سهما أو أكثر ، ويكون ما يصل الى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث ، لأنه بيسير الربح واصل الى ما لم يكن واصلا اليه لو كف عن القراض . وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل لأنه قد كان مالكا للمنفعة ، فإذا عاوض عليها فى مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف بعض ملكه فكان معتبراً فى الثلث ، وليس رب المال مالكا لربح المال الذى صار الى بعضه فلذا كان من رأس المال

فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال فى قليل الربح وكثيره تولى رب المال وان كان حيا محاسبة العامل واستيفاء الحقين من أصل وربح ، فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله قدم العامل بحصته من الربح على سائر الغرماء لأنه إن كان

شريكا فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته ، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المـال كالمرتهن ، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء فى رهنه . وهكذا لو أخذ المريض مالا قراضا صح . وإن كان بأقل السهمين من الربح وكان من رأس المال ، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف

(فرع) قال المزنى : من ذلك لو دفع اليه ألف درهم فقال : خذها فاشتر بها هروياً أو مرويا (١) بالنصف كان فاسداً لأنه لم يبين ، فان اشترى فجائز وله أجرة مثله ، وإن باع فباطل لأن البيع بغير أمره

إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال : اشتر بها هرويا أو مرويا كان فاسداً باتفاق أصحابنا ، وانما اختلفوا فى علة فساده على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن علته أنه قال : فاشتر بها هرويا أو مرويا فلم يبين أحد النوعين من المروى والهروى ولا جمع بينهما فجعله مشكلا ، والقراض انما يصح بأن يعم جميع الاجناس أو يعين أحد الاجناس

والثانى : وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن علة فساده أنه قال بالنصف ولم يبين النصف هل يكون لرب المـال أو للعامل . قال واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل له فصـــار لنفسه مبطلا للقراض مالم يبين نصيب العامل ، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض ، فصار القراض بهذا القول متردداً بين الصحة والفساد فبطل

والثالث : وهو اختيار أبى إسحاق المروزى : أنه بطل بقوله فاشتر ولم يقل وبع ، والقراض انما يصح بالشراء والبيع فلذلك بطل ، فاذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا فى علة فساده ، فان اشترى كان الشراء جائزاً لأنه مأمور به وله أجرة مثله ، وان باع كان البيع باطلا لانه غير مأمور به

واذا قال : خذ هذا المال قراضا ، ولم يزد على ذلك كان قراضا فاسدا للجهل بنصيب كل واحد منهما من الربح . الا أن شراء العامل وبيعه جائز ، لانه أمر

---

(١) ثياب تنسب الى مدنها التى صنعت فيها مثل هراه ومرو وهما مدينتان بين بخارى ونيسابور وراء بحر قزوين

أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعامل أجرة مثله . وحكى عن أبي العباس بن سريج أن القراض جائز ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض فحمل إطلاقه عليه .

قال الماوردى : وهذا الحكى عنه غير صحيح لأنه لو جاز ذلك فى إطلاق القراض لجاز مثله فى البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولا على ثمن المثل وهو القيمة ، وكذا فى الإجارة وكل العقود .

فأما إذا قال : خذ هذا المال فاشتر به وبع ولم يزد عليه فلا خلاف بين أصحابنا أنه لا يكون قراضا صحيحا ، ويصح شراء العامل وبيعه ، وهل يكون قراضا فاسداً أو معونة ؟ على وجهين :

أحدهما : يكون استعانة بعمله كما لو قال : اشتر وبع على أن جميع الربح لى . فعلى هذا لا أجرة للعامل فى عمله

والثانى : أنه يكون قراضا فاسدا لأنه الاغلب من حال أمره وحال قوله : على أن جميع الربح لى لما فيه من التصريح بأن لا شىء له فيه . فعلى هذا يكون للعامل أجرة مثله ، وسواء حصل فى المال فضل أو لم يحصل

﴿ فرع ﴾

قال المزنى : وإن قال خذها قراضا أو مضاربة على ما شرط فلان من الربح لفلان ، فان علما ذلك فجائز ، وإن جهلاه أو أحدهما ففاسد . وهذا كما قال : إذا دفع المال قراضا من غير أن يسمى فى الربح قدراً فقعله محمول على مثل ما قارض زيد عمراً . فان علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما ، لأنهما عقداه بمعلوم من الربح ، إذ لا فرق بين قوله على أن الربح بيننا نصفين وبين قوله : على مثل ما قارض به زيد عمراً كان القراض باطلا لجهلهما بقدره . والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض

فان علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو لم يصح لوقوعه فاسداً . وهكذا لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر لم يصح القراض ، لأن جهل

أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معاً به ، ولو قال : خذه قراضا على ما تقارض به زيد وعمرو كان باطلا ، لأن زيداً قد يقارض عمراً وقد لا يقارضه ، وقد يقارض على قليل أو كثير . وهكذا لو قال خذه قراضا على ما يوافقك عليه زيد لم يجز للجهل بما يكون من موافقته .

وهكذا لو قال : خذه قراضا على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك لم يجز لجهله بكفايته وقناعته ، فان اشترى وباع فى هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه ، وللعامل أجرة المثل :

(فرع) اذا اختلف رب المال والعامل فى قدر رأس المال فقال العامل : هو ألف دينار وقال رب المال هو ألفان ، فان لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه ، وان كان فى المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله ، مثل أن يدعى العامل - وقد أحضر الفى دينار - أن أحد الالفين رأس مال وليس فيها ربح ، ففيه لأصحابنا وجهان ، وعن أبى حنيفة روايتان مخرجان من اختلاف قولين فى العامل هل هو وكيل أو شريك ؟

(أحدهما) أن القول قول رب المال إذا قيل : ان العامل وكيل مستأجر . وهذا قول زفر بن الهذيل

(والثانى) أن القول قول العامل اذا قيل انه شريك مساهم . وهذا قول محمد ابن الحسن ، وهو أصح الوجهين فى اختلافهما ، لأن قوله نافذ فيما بيده ، فعلى هذا لو أحضر ثلاثة آلاف دينار وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان . وقال رب المال : رأس المال منها ألفان والربح ألف حكم بقول العامل واقتسما الالفين ربحا ، وجعل رأس المال ألفا .

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف : رأس المال منها ألف والربح ألف والألف الثالثة لى ، أو وديعة فى يدى ، أو هى دين علىّ من قراض وادعاها رب المال ربحاً فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب العبد المأذون له فى التجارة ﴾

لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذونا له لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يكن السكوت إذنا فيه كبيع مال الأجنبي فان اشترى شيئاً فى الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الإصطخرى وأبو اسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح .

وقال أبو على بن أبى هريرة : يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه فى الذمة كالمفلس ويخالف النكاح فانه تنقص به قيمته ويستضر به المولى فلم يصح من غير اذنه ، فإن قلنا : أنه يصح دخل المبيع فى ملك المولى لأنه كسب للعبد فكان للمولى كما لو احتش أو اصطاد ويثبت الثمن فى ذمته لأن اطلاق البيع يقتضى إيجاب الثمن فى الذمة ، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضى بذمته فلزمه الصبر إلى أن يقدر كما نقول فيمن باع من مفلس ، وإن لم يعلم ثم علم فهو بالخيار بين أن يصبر إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن ، وان قلنا ان الشراء باطل وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد فان تلف فى يد العبد أتبع بقيمته اذا عتق لانه رضى بذمته وان تلف فى يد السيد جاز له مطالبة المولى فى الحال ومطالبة العبد اذا عتق لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق .

﴿ فصل ﴾ وان أذن له فى التجارة صح تصرفه لأن الحجر عليه لحق المولى وقد زال وما يكتسبه للمولى لأنه ان دفع اليه مالا فاشترى به كان المشترى عوض ماله فكان له ، وان أذن له فى الشراء فى الذمة كان المشترى من أكسابه لأنه تناوله الاذن فان لم يكن فى يده شىء اتبع به اذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له فى رقبته فلم يقض منها دينه .

﴿ فصل ﴾ ولا يتجر الا فيما أذن به لان تصرفه بالإذن فلا يملك الا ما دخل فيه فان أذن له فى التجارة لم يملك الاجارة ، ومن أصحابنا من قال : يملك اجارة ما يشتريه للتجارة لأنه من فوائد المال فملك العقد عليه كالصوف واللبن ، والمذهب الاول لان المأذون فيه هو التجارة ، والاجارة ليست من التجارة فلم يملك بالاذن فى التجارة .

﴿ فصل ﴾ ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لان اطلاق الاذن يحمل على العرف والعرف هو البيع بالنقد وثمن المثل ولانه يتصرف فى حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط فلا يملك ولا يسافر بالمال لان فيه تغريراً بالمال فلا يملك من غير إذن ، وان اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان .

(أحدهما) أنه لا يصح وهو الصحيح لان الاذن فى التجارة يقتضى ما ينتفع به ويربح فيه وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه (والثانى) أنه يصح لان العبد لا يصح منه الشراء لنفسه فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك فان قلنا يصح فان لم يكن عليه دين عتق ، وان كان عليه دين ففيه قولان ، أحدهما يعتق لأنه ملكه ، والثانى : لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به فان اشتراه باذنه صح الشراء فان لم يكن عليه دين عتق عليه ، وان كان عليه دين فعلى القولين ومتى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء لانه أسقط حقهم منه بالعتق .

﴿ فصل ﴾ وإذا اكتسب العبد مالا بأن احتش أو اصطاد أو عمل فى معدن فأخذ منه مالا أو ابتاع أو اتهب أو أوصى له بمال فقبل دخل ذلك فى ملك المولى لانها اكتساب ماله فكانت له فان ملكه مالا ففيه قولان ، قال فى القديم : يملكه لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ولانه يملك البضع فملك المال كالحر ، وقال فى الجديد . لا يملك لانه سبب يملك به المال فلا يملك به العبد كالارث فان ملكه جارية وأذن له فى وطئها ملك وطأها فى قوله القديم ولا يملك فى الجديد وان ملكه نصابا لم يجب زكاته على المولى فى قوله القديم ويجب فى الجديد ؛ فان

وجب كفارة عليه كفر بالطعام والكسوة فى قوله القديم وكفر بالصوم فى قوله الجديد ، وأما العتق فلا يكفر به على القولين لان العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء. وان باعه وشرط المبتاع ماله جاز فى قوله القديم أن يكون المال مجهولا لأنه تابع ولا يجوز فى الجديد لانه غير تابع والله أعلم .

(الشرح) الاحكام : لا يبطل الاذن بالاباق ، وقال أبو حنيفة : يبطل لانه يزيل به ولاية السيد عنه فى التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبه مالو باعه .

وقال أحمد : ان الاباق لا يمنع ابتداء الاذن له فى التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره ، وما ذكره أبو حنفية غير صحيح ، فان سبب الولاية باق وهو الرق ، ويجوز بيعه واجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمغصوب .

ولا يجوز المأذون فى التجارة التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب ولا الهبة بالمأكول ولا اعارة الدابة . وقال أحمد : يجوز هبته واعارته دابته واتخاذ الدعوة مالم يكن اسرافا ، وبه قال أبو حنيفة .

دليلنا : أنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه ، وقد استدل أحمد وأبو حنيفة بأن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ، وروى أبو سعيد مولى أبى أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمهم وهو يومئذ عبد ، رواه صالح فى مسائله باسناده ، قال ابن قدامة : ولأن العادة جارية بذلك بين التجار فجاز كما جاز المرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب المساقاة

تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع . وتجوز على الكرم لأنه شجر تجب الزكاة فى ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل . وتجوز على الفسلان وصغار الكرم إلى وقت تحمل لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم . ولا تجوز على المباطخ والمقاثى والعلف وقصب السكر لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع . واختلف قوله فى سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح ، فقال فى القديم : تجوز المساقاة عليها ، لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكرم . وقال فى الجديد : لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة فى ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب [١] والخلاف .

واختلف قوله فى المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال فى الأم : تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهى من الغرر أبعد أولى .

وقال فى البويطى : لا تجوز ، لأن المساقاة عقد على غرر ، وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل ، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة ، فلم تجز .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه الجماعة ، وقد جاء فى رواية الصحيحين عن ابن عمر أيضا أن النبى (ص) لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة ، فقال لهم : نقركم بها على ذلك ما شئنا ،

---

(١) قال ابن بطال : الغرب ضرب من الشجر يسمى بالفارسية اسبندار . والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد ، وسمعناه بالتخفيف وروى بالتشديد . وذكر ابن قتيبة فى كتاب عيون الأخبار ان الخلاف شجر سقط ثمره قبل تمامه وهو الصفصاف

وعن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل يهود خيبر على أن نخرجهم متى شئنا رواه أحمد والبخاري بمعناه . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قالت الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم : اقسم بيننا وبين إخواننا النخل . قال لا ، فقالوا تكفونا العمل ونشرككم في الثمرة ، فقالوا سمعنا وأطعنا . رواه البخاري . وعن طاوس أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله (ص) وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع ، فهو يعمل به إلى يومك هذا . رواه ابن ماجه . قال البخاري وقال قيس بن مسلم عن أبي جعفر قال: ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع ، وزارع على وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وآل عمر . قال وعامل عمر الناس على أن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر . وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا .

وقال الشافعي : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر على أن نصف الثمر لهم فكان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ، ثم يقول : إن شئتم فلكم وان شئتم فلي .

والمساقاة على إطلاقها أن يدفع الرجل إلى آخر شجره ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، إلا أن هذا التعريف على سعته يقتضي وقوع غبن وغرر إذا ظل على إطلاقه ، فقيد الشافعي هذا المفهوم الواسع وقصره على ما يكفل الرفق بالعامل وصاحب المال . فخص المساقاة في قوله الجديد بالنخل والكروم وخصها داود بالنخل فقط ، وتجاوز مالك فجعلها تشمل الزرع والشجر واستثنى منها البقول ، وأجازها عبد الله بن دينار في البقول ، وجعلها أحمد في الشجر والنخل والكرم

وقد ثبتت المساقاة بالسنة والإجماع ، فأما السنة فقد مضى حديث ابن عمر المتفق عليه ، وأما الإجماع فقد قال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم : عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان أهلوهم الى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم ، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد ، فإن عبد الله ابن عمر الذي روى حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال : كنا نخابر

أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة . وهذا يمنع انعقاد الإجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به إلى حديث رافع .

(قلت) هذا الكلام فيه نظر ، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على مخالفة الاجماع ، ولا حديث ابن عمر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء من بعده ، ثم من بعدهم ، فكيف يتصور نهى الرسول عن شيء ثم يخالفه ؟ أم كيف يعمل بذلك فى عهد الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهى وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم .

قال ابن قدامة : فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع وعلى أنه قد روى فى تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا ، فروى البخارى بإسناده قال : كنا نكرى الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض ، فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض ، وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ ، روى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً

وسئل أحمد بن حنبل عن حديث رافع فقال : رافع روى عنه فى هذا ضروب قال الأثرم كأنه يرى أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه ؛ وقال طاوس : إن أعلمهم - يعنى ابن عباس - أخبر أن النبى (ص) لم ينه عنه ولكن قال « لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوماً » متفق عليه

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه ، وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبى صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعد بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ، ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التى فسرها رافع فى حديثه . وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غالط فى روايته والمعنى يدل عليه . فإن كثيراً من اصحاب النخيل والكروم يعجزون عن سقيه والقيام على شئونه ،

وقال الماوردى فى الحاوى . والمساقاة فى تسميتها ثلاثة تأويلات ، أحدها أنها

سميت بذلك لأنها مفاعلة على ما تشرب بساق . والثانى : أنها سميت بذلك لأن موضع النخل والشجر سمى سقياً فاشتقوا اسم المساقاة منه . والثالث أنها سميت بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقى فاشتق اسمها منه .

قال والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابه والتابعين فى جوازها وهو قول الفقهاء كافة إلا أبا حنيفة وحده دون سائر أصحابه ، فانه تفرد بابطالها ، وحكى عن النخعى كراهتها .

واستدل من نصر قول أبى حنيفة على إبطال المساقاة بنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الغرر ، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها ، وبين قلتها وكثرتها ، فكان الغرر فيها أعظم : فاقتضى أن يكون بابطال العقد أحق ، ولأنه عقد على منافع أعيان باقية فامتنع أن يكون معقودا ببعضها كالمخابرة ، ولانه عقد تناول ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كالبيع ، لانه عمل العوض عليه ثمرة لم تخلق فوجب أن يكون باطلا كما لو استؤجر على عمل بثمرة هذه الثمار فى القابل ولأن المساقاة اجارة على عمل جعلت الثمرة فيه أجرة والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة أو ثابتة فى الذمة ، وما تثمره نخل المساقاة غير معين ولا ثابت فى الذمة فوجب أن تكون باطلة ولان ما امتنع من المساقاة فيها سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمن منع فيها من النخل لجهالة الثمن .

فاذا ثبت ما ذكرنا فان المساقاة لا تصح فى الزروع لانها كالمخابرة على الزروع وقد نهى عنها النبى (ص) لما رواه أحمد ومسلم عن جابر قال « كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) فنصيب من القصرى ومن كذا ومن كذا فقال النبى (ص) : من كان له أرض فليزرعها وليحرثها أخاه وإلا فليدعها » ، واختلف قوله فى سائر الاشجار فأجازها فى قوله القديم فى التين والتفاح لانها شجر مثمر فأشبه النخل إلا أنه قال فى الجديد « والمساقاة جائزة بما وصفت فى النخل والكرم دون غيرهما ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم أخذ صدقتهما بالخرص وثمرهما مجتمع بائن من شجره ، ولا حائل دونه يمنع احاطة النظر اليه ؛ وثمر غيرهما متفرق بين أصفاف ورق شجره ولا يحاط بالنظر اليه .

وجملة الثمر من النبات مثمرا على ثلاثة أقسام ، قسم لا يختلف مذهب الشافعى فى جواز المساقاة عليه وهو النخل والكرم ، وقال داود : المساقاة جائزة فى النخل دون الكرم ، وحكى عن الليث بن سعد جواز المساقاة فيما لم يكن بعلا من النخل ومنع منها فى البعل من النخل وفى الكرم ، واختلف أصحابنا فى جواز المساقاة فى الكرم ، هل قال به الشافعى نصاً أو قياساً ، فقال بعضهم : بل قال به نصاً وهو ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى فى النخل والكرم ، وقال آخرون - وهو الاشبه : إنه قال به قياسا على النخل من وجهين ذكرهما ؛ أحدهما لاشتراكهما فى وجوب الزكاة فيها ، والثانى : بروز ثمرهما وإمكان خرصهما

(والقسم الثانى) مالا يختلف مذهب الشافعى فى بطلان المساقاة فيه ، وهو المقاثى والمباطخ والباذنجان ويسميها الزراعيون النباتات الزاحفة (١) وهى التى تمتد أوراقها وعروقها على الأرض . وحكى عن مالك جوازها فى هذا كله مالم يبد صلاحه .

(والقسم الثالث) ما كان شجرا وهو الذى له ساق من الخشب ففى جواز المساقاة عليه قولان ، أحدهما : وبه قال فى القديم وهو قول أبى ثور : ان المساقاة عليه جائزة ، ووجهه أنه لما اجتمع فى الاشجار معنى النخل مع بقاء أصلها ومنع إجارتها كانت كالنخل فى جواز المساقاة عليها ، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبى صلى الله عليه وسلم إفرادها عن حكم النخل ، ولان المساقاة مشتقة مما يشرب بساق .

والقول الثانى : وبه قال فى الجديد ، وهو قول أبى يوسف أن المساقاة على الشجر باطلة اختصاصاً بالنخل والكرم لما ذكره الشافعى من المعنيين فى الفرق بين النخل والكرم وبين الشجر .

---

(١) عند علماء النبات : الزاحفة كالبطيخ والشمام والدباء والقثاء والخيار ، والمتسلقة كالعنب والياسمين واللوف ، والنباتات الدرنيه كالبطاطس والقلقاس والبطاطا وهذه كلها لا يجوز المساقاة فيها واختلفوا كما ذكرنا فى الاشجار الخشبية المثمرة لاقوا له كالتفاح والبرتقال والمانجو فعلى الجديد لا تصح فيها المساقاة .

(أحدهما) اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الاشجار .

(والثانى) بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار ، فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليها صحت المساقاة فيها وكان الشجر تبعا كما تصح المخابرة فى البياض الذى بين النخل ويكون تبعا .

فوائد أصولية

انعقد اجماع الصحابة عن سيرة أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى مساقاة أهل خيبر بعد النبى صلى الله عليه وسلم اتباعا له الى أن حدث من اجلائهم ما حدث ، ثم الدليل من طريق المعنى هو أنها عين تنمى بالعمل فإذا لم تجز اجارتها جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير فى القراض ثم الاستدلال بالقراض من وجهين ، أحدهما ذكره أبو على بن أبى هريرة أن الامة مجمعة على جواز القراض وما انعقد الاجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذا عن توقيف أو اجتهاد يرد الى أصل ، وليس فى المضاربة توقيف نص عليه ؛ فلم يبق الا توقيف اجتهاد أدى الى الحاقه بأصل ، وليس فى المضاربة فى الشرع أصل ترد اليه الا المساقاة ، واذا كانت المساقاة أصلا لفرع مجمع عليه كانت أحق بالإجماع عليه ، والثانى : ذكره أبو حامد الاسفرايينى وهو أنه لما جازت المضاربة اجماعا وكانت عملا على عوض مظنون من ربح مجوز كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عوض على عمل معتاد من ثمرة نمائية .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا تجوز الا على شجر معلوم ، وان قال : ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح ، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره ؟ فيه طريقان أحدهما : أنه على قولين كالبيع . والثانى : أنه لا يصح قولا واحدا لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف اليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع .

(فصل) ولا تجوز الا على مدة معلومة لانه عقد لازم ، فلو جوزناه مطلقا استبد العامل بالاصل فصار كالمالك ، ولا تجوز على اقل من مدة توجد فيها الثمرة فإن ساقاه على النخل أو على الودى الى مدة لا تحمل لم يصح ، لأن المقصود أن يشتركا فى الثمرة ، وذلك لا يوجد ، فإن عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يستحق ؛ وهو قول المزنى ، لانه رضى أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع فى غير المساقاة (والثانى) أنه يستحق ، وهو قول أبى العباس ، لان العمل فى المساقاة يقتضى العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء فى النكاح ، وان ساقاه الى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان .

أحدها : أنها تصح لانه عقد الى مدة يرجى فيها وجود الثمرة ، فأشبه اذا ساقاه الى مدة توجد الثمرة فيها فى الغالب . والثانى : أنها لا تصح وهو قول أبى اسحاق لانه عقد على عوض غير موجود ، ولا الظاهر وجوده ، فلم يصح ، كما لو أسلم فى معدوم الى محل لا يوجد فى الغالب ، فعلى هذا ان عمل استحق أجرة المثل ، لانه لم يرض أن يعمل من غير ربح ، ولم يسلم له الربح ، فرجع الى بدل عمله .

واختلف قوله فى أكثر مدة الإجارة والمساقاة ، فقال فى موضع : سنة ، وقال فى موضع : يجوز ما شاء ، وقال فى موضع : يجوز ثلاثين سنة ، فمن أصحابنا من قال : فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : لا تجوز بأكثر من سنة ، لانه عقد على غرر أجيز للحاجة ولا تدعو الحاجة الى أكثر من سنة ، لان منافع الاعيان تتكامل فى سنة .

والثانى : تجوز ما بقيت العين ، لان كل عقد جاز الى سنة جاز الى أكثر منها كالكتابة والبيع الى أجل .

والثالث : أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ، لأن الثلاثين شطر العمر ؛ ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك ؛ ومنهم من قال : هى على القولين الأولين ، وأما الثلاثون فانما ذكره على سبيل التكثير ، لا على سبيل التحديد ، وهو الصحيح .

فان ساقاه الى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ، لأن شهور السنة لا تختلف

منافعها ، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان : أحدهما : لا يجب ذكر كل سنة كما إذا اشترى أعيانا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها ، والثانى : يجب ، لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف مايرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال : القولان فى الاجارة ، فأما فى المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنه من العوض ، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف فى العادة باختلاف السنين .

(فصل)

وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد وان أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهى طلع أو بلح تعلق بها حق العامل لأنها حدثت قبل انقضاء المدة

(الشرح) قال الشافعى : فإذا ساق على النخل والعنب بجزء معلوم فهى المساقاة التى ساق عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم اه .

(قلت) إذا تقرر هذا ، فإن المساقاة من العقود اللازمة وليست من العقود الجائزة كالمضاربة ، والفرق بينهما أن نماء النخل فى المساقاة متأخر عن العمل ، فكان فى ترك لزومه تفويت العمل بغير بدل ، ونماء المال فى المضاربة متصل بالبيع فلم يكن فى ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل فلذلك انعقد لازما فى المساقاة وجائزاً فى المضاربة ، وإذا كان كذلك فان صحة العقد فيها معتبرة بأربعة شروط

١ — أن تكون النخل معلومة ، فان كانت مجهولة بأن قال : ساقيتك أحد حوائطى ، أو على مال يثبت من نخلى كان باطلا ، لان النخل أصل فى العقد فبطل بالجهالة كالبيع ، فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية فقد اختلف أصحابنا فيه ، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع ، وذهب آخرون منهم — وهو الاصح — إلى فساد العقد قولا واحداً .

وفرقوا بين المساقاة والبيع بأن البيع يغرى بالغرر ، فاذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية ، جرى على احتماله فصح فيه ، وعقد المساقاة غرر فاذا دخل

عليه غرر العين الغائبة صعب احتماله فبطل فيه . وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد . فإن كانت عند عقد المساقاة مثمرة - فقد قال المزنى : إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز ، وإن كان بعده لم يجز .

وقال أبو ثور : إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز ، وإن لم تحتج لم يجز . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت تزيد جاز ، وإن لم تزد لم يجز . فأما الشافعى فقد حكى عنه فى الإملاء جوازه من غير تفصيل ، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى ، ولعل هذا على قوله فى الأم إنه أجير ، والمشهور من مذهبه والأصح على أصله أن المساقاة باطلة بكل حال . وقد حكى البويطى ذلك عنه نصاً كما أشار إليه الماوردى ، لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً فى حدوث الثمرة ، كما أن لعامل المضاربة تأثيراً فى حصول الربح ؛ ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق ، كذلك المساقاة ، فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما تحدث من ثمرة العام المقبل لم يجز لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحا لثمرة قائمة من غير بدل .

(فرع) فإذا ثبت أن المساقاة عقد لازم فإنها لا تجوز إلا على مدة معلومة وهذا الشرط هو أحد الشروط الاربعة أن يكون النخل معلوماً ، وأن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً ومدة تكون لها معلومة . وأن يعقد بلفظ المساقاة وقال بعض أصحاب الحديث : يجوز اطلاقها من غير تقدير بمدة محددة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقدر لأهل خيبر مدة .

وقال أبو ثور : إن قدر مدة لزمت إلى انقضائها ، وإن لم يقدر مدة صحت وكانت على سنة واحدة ، وكلا القولين خطأ عندنا ، فإذا كانت المدة المعلومة شرطا فيها فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل ، ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التى قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها طلوعا متناهياً ، فإن تأخر طلوعها فيها بحادث أطلعت بعد تقضيها فعلى الاصح من المذهب فى أن العامل شريك تكون بينهما ، وإن انقضت المدة ، وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح إن قيل بأن العامل أجير فلا حق

له فى الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، ولا يستهلك عمله بغير بدل فيحكم له حينئذ بأجرة المثل ، فأما أكثر مدة المساقاة فقد قال الشافعى : تجوز المساقاة سنين .

(قلت) فإذا عرفنا أن أقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغنى عن العمل فإن أقصاها ، فقد حكى الماوردى أنها كالاجارة ، وقد رأينا كيف اختلف قول الشافعى فى أكثر مدة الاجارة على قولين (أحدهما) لا يجوز إلا سنة واحدة لزيادة الغرر فيما زاد على السنة . والقول الثانى : يجوز سنين كثيرة

قال الشافعى يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حداً لأكثر المدة اعتباراً بظاهر كلامه . وذهب سائرهم ـ وهو الصحيح ـ إلى أن قوله ثلاثين سنة ليس بحد لأكثر المدة ، ولهم فيه تأويلان (أحدهما) أنه قاله على وجه التكثير (والثانى) أنه محمول على مالا يبقى أكثر من ثلاثين سنة

فعلى هذا تجوز الاجارة سنين كثيرة، فهل ذكر أجرة كل سنة لازم فيها على قولين (أحدهما) يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها (والثانى) لا يلزم

فأما المساقاة فأحد القولين أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة كما لا تجوز الاجارة أكثر من سنة (والثانى) تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل اليها كما تجوز الاجارة سنين كثيرة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجوز إلا على جزء معلوم ، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز ، لحديث ابن عمر ، فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح ، لأن ذلك يقع على القليل والكثير ، فيعظم الغرر . وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح ، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل ، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل ، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها لم يصح لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل ، أو لا يحمل إلا هى فيستضر رب النخل؛ وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة

لم يصح ، لأنه شرط عليه بعد حقه عملا لا يستحق عليه عوضاً . وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح كما يصح أن يعمل فى جميع السنة ؛ وإن كانت الثمرة فى بعضها (والثانى) لا يصح لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها ولا يستحق شيئا من ثمرها .

(فصل) ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال إن سقيته بالسيح فلك الثلث وان سقيته بالناضح فلك النصف لم يصح لأنه عقد على مجهول .

(فصل) وتنعقد بلفظ المساقاة لانه موضوع له وتنعقد بما يؤدى معناه ، لأن القصد منه المعنى ، فصح بما دل عليه ، فان قال استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح لانه عقد الاجارة بعوض مجهول القدر فلم تصح

(فصل) ولا يثبت فيه خيار الشرط لانه اذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وفى خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت فيه لانه عقد لازم يقصد به المال فيثبت فيه خيار المجلس كالبيع (والثانى) لا يثبت لانه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض فى المجلس ، فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع .

(فصل) وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لان النماء متأخر عن العمل ، فلو قلنا انه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل ولا تحصل له الثمرة

(فصل) وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد فى الثمرة من التلقيح وصرف الجريد واصلاح الاجاجين وتنقية السواقى والسقى وقلع الحشيش المضر بالنخل ، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل ولهذا من يريد انشاء بستان فعل هذا كله

واختلف أصحابنا فى الجذاذ واللقاط ، فنهم من قال لا يلزم العامل ذلك ، لأن ذلك يحتاج اليه بعد تكامل النماء ، ومنهم من قال يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة .

(فصل) وان شرط العامل فى القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لان موضوع العقد أن يكون المال من رب المال والعمل من العامل ، فاذا لم يجز شرط المال على العامل لم يجز شرط العمل على رب المال ، وان شرط أن

يعمل معه غلمان رب المال فقد نص فى المساقاة أنه يجوز . واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه ، فنهم من قال لا يجوز فيهما لأن عمل الغلمان كعمل رب المال ، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه ، وحمل قوله فى المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره

(والثانى) يجوز فيهما ، لأن غلمانه ماله ، فجاز أن يجعل تابعاً لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع ، بخلاف رب المال فإنه مالك ، فلا يجوز أن يجعل تابعاً لماله (والثالث) أنه يجوز فى المساقاة ولا يجوز فى القراض ، لأن فى المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره ، فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه ، وليس فى القراض ما يلزم رب المال ، فلم يجز شرط غلمانه . فإذا قلنا إنه يجوز لم يصح حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف ، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل ، وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز ، لأن بعملهم يتحفظ الأصل وتزكو الثمرة ، وإن لم يشرط ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها على العامل ، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه .

(والثانى) أنها على رب المال ، لأن شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه :

(والثالث) أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها .

(فصل) وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من أصحابنا من قال هى على القولين فى العامل فى القراض (أحدهما) تملك بالظهور (والثانى) بالتسليم . ومنهم من قال فى المساقاة تملك بالظهور قولا واحداً ، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور . والربح جعل وقاية لرأس المال فلم يملك بالظهور فى أحد القولين

(فصل) والعامل أمين فيما يدعى من هلاك وفيما يدعى عليه من خيانة ، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله ، فان ثبتت خيانته ضم اليه من يشرف عليه ولا تزال يده ، لأن العمل مستحق عليه ويمكن استيفاؤه منه فوجب أن يستوفى وإن لم يتحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفى بغيره

(فصل) وان هرب رفع الامر الى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه فان لم يكن مال اقترض عليه ، فإن لم يجد من يقرضه فلرب النخل أن يفسخ ،

لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ ، كما لو اشترى عبداً فأبق من يد البائع فان فسخ نظرت فان لم تظهر الثمرة فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها وللعامل أجرة ما عمل ، وان ظهرت الثمرة فهي بينهما فان عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير اذن الحاكم لم يرجع لانه متبرع وان لم يقدر على اذن الحاكم فان لم يشهد لم يرجع لانه متبرع ؛ وان أشهد ففيه وجهان . أحدهما يرجع لأنه موضع ضرورة ، والثاني لا يرجع لانه يصير حاكما لنفسه على غيره وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها

(فصل) وان مات العامل قبل الفراغ فان تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وان لم يعمل ، فان كان له تركة استؤجر منها من يعمل لانه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة فوجب أن يستوفى كما لو كان عليه دين وله تركة ، وان لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل لان مالزم الموروث لا يطالب به الوارث كالدين ولا يقترض عليه لانه لاذمة له ولرب النخل أن يفسخ لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فان فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه فى العامل اذا هرب .

(فصل) وان ساقى رجلا على نخل على النصف فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لانه عمل بعوض ولم يسلم له العوض فرجع ببدل عمله ، فان كانت الثمرة باقية أخذها المالك فان تلفت رجع بالبدل ، فان أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع ، وان أراد أن يضمن العامل ففيه وجهان ، أحدهما يضمنه الجميع لانه ثبتت يده على الجميع فضمنه كالعامل فى القراض فى المال المغصوب ، والثاني لا يضمن الا النصف لانه لم يحصل فى يده الا ما أخذه بالقسمة وهو النصف ؛ فأما النصف الآخر فانه لم يكن فى يده ، لانه لو كان فى يده لزمه حفظه كما يلزم العامل فى القراض

(فصـل) اذا اختلف العامل ورب النخل فى العوض المشروط ، فقال العامل شرطت لى النصف وقال رب النخل شرطت لك الثلث تحالفا لأنهما متعاقدان اختلفا فى العوض المشروط ولا بينة فتحالفا كالمتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن وبالله التوفيق

(الشرح) حديث ابن عمر هو حديث معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر وقد مضى تخريجه وبيان طرقه وما قيل من رجوع ابن عمر عنه ، أما قوله : السيح فهو الماء الجارى ويسميه الفلاحون فى ديارنا المصرية (السق بالراحة) وهو مالا يحتاج إلى شد للماء بالسواقى أو الشواديف وإنما يرتفع الماء فى جداوله على أعلى من مستوى سطح الأرض فيفتح الزارع فتحة من المسقاة فينساب الماء سيحاناً إلى الأرض المراد سقيها فيغمرها فى لحظات قصيرة ، أما التلقيح فهو التأبير ، أما صرف الجريد وهو تنحيته وتخفيفه وبتر أسافله لتهذيب النخل والخلوص إلى العذوق بغير أن تؤذى سلاها والأجاجين جمع أجانة وهو الطسوت والمواجير والمراكن الكبير التى تغسل فيها الثياب .

أما الأحكام : فقد قال الشافعى : ولا تجوز المساقاة إلا على أجر معلوم . قلت : لانه عقد معاوضة فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة ، فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلت المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها ، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها ، ولا يكفيه إلا أكثرها ، فإن قيل : فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة فهل صحت مع الجهاله بقدر نصيبه من الثمرة ؟ قيل : لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن فلم يعتبر العلم بقدر نصيبه منها .

(فرع) قال الشافعى : وان ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها من الحائط لم يجز ، قال الماوردى : هذا صحيح ؛ لان عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل فى الثمر فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها وأفضى الى أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه لانه قد يجوز أن لا تحمل تلك النخلات فينصرف العامل بغير شىء ، ويجوز أن لا تحمل الا تلك النخلات فينصرف رب المال بغير شىء فلذلك بطل اه .

(فرع) وتحديد نصيب العامل من الثمرة بقدر معلوم أحد شروط عقد المساقاة على أن يكون شائعاً فى الثمرة غير معين من نصف أو ربع أو ثلث أو عشر قل ذلك الجزء أو كثر ، فإن جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم له

الحاكم لم يجز للجهل به ، وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة لم يجز للجهل به من جملة الثمرة ، وأنه ربما كان جميعها أو سهماً يسيراً منها ، فلو قال : قد ساقيتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها فقد حكى عن أبى العباس بن سريج جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين بالسوية حملا لهما على عرف النـاس فى المساقاة وتسويته بينهما فى الثمرة ، وقد خطأ المـــاوردى هذا لأن ترك ذكر العوض فى العقد لا يقتضى حمله على معهود النـاس عرفا ، كالبيع والاجارة ، مع أن العرف مختلف .

فإذا قال : عاملتك على هذه النخل سنة ولم يذكر قدر نصيبه منها لم يجز عند أبى العباس لأنه ليس المعاملة عنده عرف ، فلو قال : ساقيتك على مثل ما ساق زيد عمراً فإن علما قدر ذلك جاز ، وان جهلاه أو أحدهما لم يجز ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً فيكون فى السنة الأولى النصف والثانية الثلث والثالثة الربع ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل فى كل عام حتى يتساوى نصيبه فى جميع الأعوام وهـذا خطأ لأن ما جاز أن يكون العوض فى أحواله متفقا جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والاجارة ، فإذا علم نصيب العامل ورب المال فمذهب الشافعى أن العامل شريك فى الثمرة بقدر حصته .

وقد خرج قول آخر أنه أجير كالمضاربة ، ويختص رب المـال بتحمل الزكاة دون العامل والأصح أنه شريك تجب الزكاة عليه إن بلغت حصة كل واحد نصاباً ففى وجوب الزكاة قولان من اختلاف قولين فى الخلطة فى غير المواشى هل يكون كالخلطة فى المواشى ، وقد مضى فى الزكاة للامام النووى إفاضة وإفادة فيه .

(فرع) الشرط الرابع من شروطها عقدها بلفظ ساقيتك لينتفى الاحتمال عنها فان عقداها بلفظ الاجارة بأن قال : استأجرتك للعمل فيها كان العقد باطلا لأن الاجارة فيها لا تصح . فإذا عقدا بلفظ الاجارة ، انصرف إلى الاجارة فبطل ، وان لم يعقداه بواحدة من اللفظين وقال : قد عاملتك عليها بالعمل فيها على الشطر من ثمرها ففيه وجهان .

أحدهما : أن العقد صحيح لأن هكذا يكون عقد المساقاة .

والثاني : أن العقد باطل ، لأن هذا من أحكام العقد فلم ينعقد به العقد ، وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فى البيع على مافصله واستقصاه مجيداً السبكى فى التكمله الاولى اذا عقد بلفظ التمليك .

(فرع) فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح ولم يجز فيه خيار الثلاث ، واختلف أصحابنا هل يثبت فيه خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين كالاجارة ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان ، لانه عقد غير مضمون ، ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه ، فان لم يعمل فى النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة ان قيل : انه شريك ، ولا شىء له فيها ان قيل : انه أجير ، ولرب العمل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد . فان أراد العامل أن يساقى غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دون كالاجارة ، ولا يجوز بأكثر من نصيبه لانه لا يملك الزيادة ، والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقى عليها وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها أن تصرف العامل فى المضاربة تصرف فى حق رب المال لان العقد ليس بلازم فلم يملك الافتيات عليه فى تصرفه ، وتصرف العامل فى المساقاة تصرف فى حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة فى تصرفه .

(فرع) قال الشافعى : وكل ما كان مستزاداً فى الثمرة من اصلاح للماء وطريق الماء وتصريف الجريد ، وابار النخل وقطع الحشيش الذى يضر بالنخل أو ينشف عنه الماء حتى يضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة ، وأما سد الحظار فليس فيه مستزاد لاصلاح فى الثمرة ولا يصلح شرطه على المساقى ، فان قال : فان كان أصلح للنخل أن يسد الحظار - بحاء مفتوحة كسحاب ومكسورة ككتاب بعد ظاء معجمة : الحائط - فكذلك أصلح لها أن يبنى عليها حظار لم يكن ، وهو لا يجيزه فى المساقاه ، وليس هذا الاصلاح من الاستزاده فى شىء من النخل انما هو دفع الداخل ، قلت : والعمل المشروط فى المساقاه على أربعة أنواع :

١ — ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل .

٢ — ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة .

٣ ـ ما يعود نفعه على النخل والثمرة ٤ ـ مالا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل .

فالأول مثل الإبار وتصريف الجريد وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً أو جدادها تمراً . فهذا النوع يجوز اشتراطه على العامل وينقسم الى (ا) ما يجب عليه فعله من غير شرط وهو كل مالا تصلح الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار (ب) مالا يجب عليه فعله إلا بالشرط ، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة ، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد وتدلية الثمرة (ج) ما هو مختلف فيه ، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله كاللقاط والجداد ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب على العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بعدمه

(الثانى) أنه واجب على العامل بغير شرط ، لأن الثمرة لا تستغنى عنه ، وإن تكاملت قبله .

وأما النوع الثانى وهو ما يعود على النخل دون الثمرة ، فمثل سد الحظار وحفر الآبار وشق السواقى ورفع مياه الأنهار ؛ فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة ، فلا يجوز اشتراط شىء من ذلك على العامل . وكذا ما شاكله من عمل الدواليب وإصلاح الزرانيق ، فإن شرط رب المال على العامل شيئاً مما ذكرنا كان الشرط باطلا ، والمساقاة فاسدة . وقال بعض أصحابنا : يبطل الشرط وتصح المساقاة حملا على الشروط الزائدة فى الرهن تبطل ولا تبطل معها الرهن فى أحد القولين ، وقد خطأ جمهور فقهائنا هذا لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطا فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة فى البيع والاجارة

والنوع الثالث وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة ، فكالسقى والابارة وقطع الحشيش المضر بالنخل الى ما جرى هذا المجرى مما فيه اصلاح النخل ومستزاد فى الثمرة مما لا تصلح الثمرة الا به كالسقى فيما لا يشرب بعروقه كنخل البصرة فهو وغيره من شروط هذا الفعل سواء ، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنه واجب على العامل بنفس العقد واشتراطه عليه تأكيداً لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة

(والوجه الثانى) أنه واجب على رب النخل ، واشتراطه عليه مبطل للعقد

لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة (والثالث) أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة ، ويجوز اشتراطه على رب النخل لما فيه من صلاح النخل فلم يتناف الشرطان فيه ، فإن شرط على العامل لزمه ، وإن شرط على رب النخل لزمه ، وان أغفل لم يلزم واحداً منهما ، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه ، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله .

وأما النوع الرابع ، وهو مالا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة ؛ فهو كالاشتراط على العامل أن يبنى له قصراً أو يخدمه شهراً أو يسقى له زرعا تنافى العقد وتمنع من صحته ، لأنه لا تعلق لها به ولا تختص بشيء من مصلحته

(فرع) قال الشافعي : ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ، والمساقون عمالها لا عامل للنبي صلى الله عليه وسلم فيها غيرهم ، فإذا كان يجوز للمساقى أن يساقى نخلا على أن يعمل فيه عمال الحائط ، لأن رب الحائط رضى ذلك جاز أن يشترط رقيقا ليسوا فى الحائط يعملون فيه ، لأن عمل من فيه وعمل من ليس فيه سواء ، وإن لم تجز إلا بأن يكون على الداخل فى المساقاة العمل كله لم يجز أن يعمل فى الحائط أحد من رقيقه ، وجواز الأمرين من أشبه الأمور عندنا والله أعلم قال ونفقة الرقيق على ما تشارطا عليه ، وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم ، فإذا جاز أن يعملوا المساقى بغير أجرة جاز أن يعملوا له بغير نفقة ، اه

وبقية الفروع التى فصلها المصنف على وجهها ، والله تعالى الموفق للصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب المزارعة ﴾

لا تجوز المزارعة على بياض لاشجر فيه لما روى سليم بن يشار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله (ص) وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع ، قلنا وما ذاك ؟ قال رسول الله صلى الله عليه : من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى ، فأما اذا كانت

الأرض بين النخل لا يمكن سقى الارض إلا بسقيها نظرت فإن كان النخيل كثيرا والبياض قليلا جاز أن تساقيه على النخل وتزارعه على الارض لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى (ص) عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع فان عقد المزارعة على الارض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة لأنها إنما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ولا حاجة قبل المساقاة . وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان (أحدهما) لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه إذا قدمت (والثانى) تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة ، وان عقدها مع المساقاة وسوى بينهما فى العوض جاز لأن النبى (ص) عامل أهل خيبر على شطر مايخرج منها من ثمر وزرع ، فإن فاضل بينهما فى العوض ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان فجاز أن يفاضل بينهما فى العوض ، والثانى لايجوز لأنهما إذا تفاضلا تميزا فلم يكن أحدهما تابعا للآخر ، فان كان النخل قليلا والبياض كثيرا ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه لا يمكن سقى النخل الا بسقى الارض فأشبه الكثير (والثانى) لا يجوز لأن البياض أكثر فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعاً للأقل .

(الشرح) حديث رافع بن خديج رواه البخارى ومسلم بلفظ « كنا أكثر الانصار حقلا فكنا نكرى الارض على أن لنا هذه ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك . فأما الورق فلم ينهنا » وفى لفظ للبخارى « كنا أكثر أهل الارض مزدرعا ، كنا نكرى الارض بالناحية منها مسمى لسيد الارض قال فربما يصاب ذلك وتسلم الارض ، وربما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهينا . فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ » وفى لفظ عند مسلم وأبى داود والنسائى « انما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله (ص) بما على الماذيانات (١)

(١) الماذيانات : حكى القاضى عياض عن بعض الرواة فتح الذال فى غير صحيح مسلم ، وهى ما ينبت على حافة النهر ومسايل الماء ، وليست عربية لكنها سوادية ، وهى فى الاصل مسايل المياه فتسمية النابت عليها باسمها ، كما وقع فى بعض الروايات يؤاجرون على الماذيانات مجاز مرسل والعلاقة المجاورة والحالية والاربعاء جمع ربيع وهو النهر الصغير كنبى وأنبياء .

وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ، ويسلم هذا ويهلك هذا ولم يكن للناس كرى إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به .

وفى رواية عند أحمد والبخارى والنسائى عن رافع قال « حدثنى عماى أنهما كانا يكريان الأرض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ينبت على الأربعاء وبشيء يستثنيه صاحب الأرض قال : فنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك » .

وفى رواية عند أحمد « إن الناس كانوا يكرون المزارع فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم بالماذيانات وما يسقى الربيع وشيء من التبن فكره رسول الله (ص) كرى المزارع بهذا ونهى عنها » .

وقد حكى فى الفتح الحافظ بن حجر عن الجمهور أن النهى محمول على الوجه المفضى إلى الغرر والجهالة ، لا عن إكرائها مطلقاً حتى بالذهب والفضة قال : ثم اختلف الجمهور فى جواز إكرائها بجزء مما يخرج منها فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهى على التنزيه قال : ومن لم يجز إجارتها بجزء مما يخرج قال : النهى عن كرائها محمول على ما إذا اشترط صاحب الارض ناحية منها أو شرط ما ينبت على النهر لصاحب الارض لما فى كل ذلك من الغرر والجهاله .

وفى روايه رافع عند البخارى أنه قال : ليس بها بأس بالدينار والدرهم ، قال ابن حجر : يحتمل أن يكون رافع قال ذلك باجتهاده ، ويحتمل أن يكون علم ذلك بطريق التنصيص على جوازه أو علم أن النهى عن كرى الارض ليس على إطلاقه بل بما إذا كان بشيء مجهول ونحو ذلك فاستنبط من ذلك جواز الكرى بالذهب والفضه ويرجح كونه مرفوعا بما أخرجه أبو داود والنسائى بإسناد صحيح عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقله والمزابنه » وقال : إنما يزرع ثلاثة رجل له أرض ورجل منح أرضا ، ورجل اكترى أرضا بذهب أو فضه » لكن بين النسائى من وجه آخر أن المرفوع منه النهى عن المحاقله والمزابنه ، وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب .

وقد أخرج أبو داود والنسائى ما هو أظهر فى الدلالة على الرفع من هـذا ، وهو حديث سعد بن أبى وقاص « إن أصحاب المزارع فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقى وما صعد بالماء مما حول النبت لجاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا فى بعض ذلك فنهاهم أن يكروا بذلك وقال : اكروا بالذهب والفضة ، رواه أحمد وأبو داود والنسائى وهذا الحديث يدل على تحريم المزارعة على ما يفضى إلى الغرر والجهالة ويوجب المشاجرة وعليه تحمل الأحاديث الواردة فى النهى عن المخابرة التى فعلها النبى (ص) فى خيبر لما ثبت من أنه صلى الله عليه وسلم استمر عليها إلى موته واستمر على مثل ذلك جماعة من الصحابة ، ويؤيد هذا تصريح رافع فى هذا الحديث بجواز المزارعة على شىء معلوم مضمون ، ولا يشكل على جواز المزارعة بجزء معلوم حديث أسيد ابن حضير قال « كان أحدنا إذا استغنى عن أرضه أو افتقر اليه أعطاها بالنصف والثلث والربع ، ويشترط ثلاث جداول ، والقصارة وما يسق الربيع وكان يعمل فيها عملا شديداً ، ويصيب منها منفعة فأتانا رافع بن خديج فقال نهى النبى (ص) عن أمر كان لكم نافعا ، وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم خير لكم ، نهاكم عن الحقل ، رواه أحمد وابن ماجه .

والقصارة بقية الحب فى السنبل بعد ما يداس . نعم لا يشكل هذا الحديث لأن مجموع ما فى الحديث غير المخابرة التى أجازها صلى الله عليه وسلم وفعلها فى خيبر ، نعم حديث رافع عند أبى داود والنسائى وابن ماجه « من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يكارها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى » .

وكذلك حديثه أيضا عند أبى داود باسناد فيه بكر بن عامر البجلى الكوفى وهو فيه مقال قال : إنه زرع أرضا فمر به النبى (ص) وهو يسقيها فسأله : لمن الزرع ؟ ولمن الأرض ؟ فقال زرعى ببذرى وعملى ولى الشطر ولبنى فلان الشطر فقال أربيتما ، فرد الارض على أهلها وخذ نفقتك .

ومثله حديث زيد بن ثابت عند أبى داود قال « نهى رسول الله عن المخابرة قلت : وما المخابرة ؟ قال : أن يأخذ الارض بنصف أو ثلث أو ربع » فيها دليل

على المنع من المخابرة بجزء معلوم ، ومثل هذه الأحاديث ، حديث أسيد على فرض أنه نهى عن المزارعة بجزء معلوم وعدم تقييده بما فيه من كلام أسيد ولكنه لا سبيل إلى جعلها ناسخة لما فعله النبي (ص) في خيبر وهو مستمر على ذلك الى موته وتقريره لجماعة من الصحابة عليه ولا سبيل إلى جعل هذه الاحاديث المشتملة على النهى منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم وتقريره لصدور النهى عنه فى أثناء مدة معاملته ، ورجوع جماعة من الصحابة إلى رواية من روى النهى ، والجمع ما أمكن هو الواجب .

قال الشوكانى : النهى يحمل على معناه المجازى وهو الكراهة . قال الشافعى أخبرنا سفيان بن عيينة قال : سمعت عمرو بن دينار يقول : سمعت ابن عمر يقول كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن رسول الله (ص) نهى عنها فتركناها لقول رافع .

قال الشافعى : والمخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها فدلت سنة رسول الله (ص) فى نهيه عن المخابرة على أن لا يجوز المزارعة على الثلث ولا على الربع ولا جزء من أجزاء . وذلك أن المزارع يقبض الارض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ثم يستحدث فيها زرعا . والزرع ليس بأصل والذى هو فى معنى المزارعة الاجارة . ولا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئا الا بأجر معلوم يعلمانه قبل أن يعمله المستأجر لما وصفت من السنة .

ثم قال الشافعى بعد أن جوز كراء الارض بالذهب والفضة : واذا كان النخل منفرداً فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهرانى النخل على المعاملة ، وكان ما بين ظهرانى النخل ومنافعها من الجريد والكرانيف ، وان كان الزرع منفرداً عن النخل له طريق يؤتى منها أو ماء يشرب متى شربه لا يكون ريا للنخل ولا شرب للنخل ريا له لم تحل المعامله عليه ، وجازت اجارته ، وذلك أنه فى حكم المزارعة لا حكم المعامله على الاصل ، وسواء قل البياض فى ذلك أو كثر اه

ومن هنا نرى الإمام الشافعى يجيز المزارعة فى بياض النخل تبعا للمساقاة ، وقد قال فى المساقاة : واذا كان البياض بين أضعاف النخل جاز فيه المساقاة كما تجوز

فى الأصل ، وإن كان منفرداً عن النخل له طريق غيره لم تجز فيه المساقاة ولم تصح إلا أن يكترى كراء ، وسواء قليل ذلك وكثيره ولا حد فيه إلا ما وصفت اهـ .

وقال الماوردى : وإذا كانت المخابرة هى استكراء الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها فهى على ضربين ، ضرب أجمع الفقهاء على فساده ، وضرب اختلفوا فيه ، فأما الضرب الذى أجمعوا على فساده فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه مثل أن يقول : قد زارعتك على هذه الارض على ما نبت من الماذيانات كان لى ، وما نبت على السواقى والجداول كان لك أو على أن ما سقى بالسماء فهو لى وما سقى بالرشا فهو لك ، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فساده لرواية سعيد بن المسيب عن سعد بن أبى وقاص ثم ساق الحديث ، وأما الضرب الثانى الذى اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على ارضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزارع سهمه بعمله ، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هى المخابرة ، والمزارعة التى اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب :

أحدها وهو مذهب الشافعى أنها باطلة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض ، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ورافع ابن خديج رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن جبير وعكرمة ومن الفقهاء الشافعى ومالك وأبو حنيفة .

والمذهب الثانى أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الارض وبه قال من الصحابة على بن أبى طالب وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد ابن أبى وقاص ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم ومن التابعين سعيد بن المسيب ومحمد ابن سيرين وعبد الرحمن بن أبى ليلى ، ومن الفقهاء سفيان الثورى وأبو يوسف ومحمد ، والمذهب الثالث : أنه إن شرط البذر على صاحب الارض لم يجز ، وإن شرطه على الزارع جاز وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه ، واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى (ص)

عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع ، وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال : قلت لطاوس يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال : يا عمرو أخبرنى أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ، ولكن قال : لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجا معلوما .

والدليل على فسادها ما رواه الشافعى عن ابن عمر ، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال : كنا نخابر إلى أن قال صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكاريها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى . وروى أبو خيثم عن أبى الزبير عن جابر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من لم يدع المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله ، ولأن الأصول التى تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها ، وكذا الارض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها فهذه دلائل الفريقين فى صحة المخابرة وفسادها ، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الامصار مع الضرورة الماسة اليها ، وكان ما عارضها محتملا أن يكون جاريا على ما فسره زيد بن ثابت ، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع شهادة الاصول لها فى المساقاة والمضاربة ، ومن خلال هذا الحوار المفتوح بين المؤيدين والمعارضين تبرز حقيقة ماثلة وهى أن الأصل هو التغلب على أسباب الغبن والغرر ، ثم إن ما منيت به البشرية من باشفية ملحدة قتلت الحوافز ، وكفت الإرادة ، وجعلت من الإنسان آلة صماء لا تعقل ليجعلنا أحوج ما نكون إلى فهم روح الشريعة السمحة .

تمّ الجزء الرابع عشر ويليه الجزء الخامس عشر
وأوله كتاب الاجارة

﴿ فهرس الجزء الرابع عشر من المجموع ﴾

١٢٩ ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع بغير نقد البلد

١٣١ وان وكله أن يشترى بالنقد فاشترى فى الذمة لم يصح

١٣٤ وان وكله فى الشراء ولم يدفع له فاشتراه

١٣٦ ولا يجوز للوكيل فى البيع أن يبيع مؤجلا الا باذن

١٣٩ ولا يجوز للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل

١٤٦ اذا اشترى الوكيل ما هو ماذون فيه انتقل الملك الى الموكل . وان وكله فى قضاء دين لزمه أن يشهد على القضاء

١٥٤ ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه

١٥٧ الوكيل أمين فان تلف فى يده لم يضمن

١٦٥ فان اختلفا فى تلف المال فادعى الوكيل تلفه وأنكر الموكل

١٧١ كتاب الوديعة وهى الأمانة ه يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة أن يقبلها

١٧٤ ولا يصح الإيداع ولا القبول إلا من جائز التصرف ١٧٦ وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة ١٧٧ حكم الوديعة إذا تلفت ١٨٠ الوديعة تحفظ فى حرز مثلها ١٨٤ إذا أراد من عنده الوديعة أن يسافر

١٨٧ إذا حضره الموت فالحكم كالسابق ١٨٩ من عنده وديعة : حكم ما لو أودعها غيره فتلفت ١٩٦ إذا أو أودع رجل لرجل وديعة فانكرها من أخذها او ادعى تلفها ١٩٩ كتاب العارية : معناها ٢٠٢ ولا يجوز إعارة جارية

٢٠٣ إذا قبض العارية ضمنها ٢٠٧ ويجوز للمعير أن يرجع فى العارية بعد القبض

٢١٣ وإن أعاره أرضا للغراس ثم رجع بعد أن غرس ٢١٦ وإن أعاره حائطا ليضع عليه جذوعاً فليس له الرجوع ٢٢٠ إذا ركب دابة غيره فاختلفا فقال مالكها إنها اجارة وقال راكبها بل إعارة

٢٢٧ كتاب الغصب، من غصب مال غيره ضمنه، وإن كان لمثله أجرة ضمن أجرة المدة

٢٣٢ تحريم الغصب وتعريفه ٢٣٣ أحوال المغصوب إما أن يكون باقيا أو تالفا او ناقصا وأحكام ذلك ٢٤٨ واذا زاد المغصوب فى يد الغاصب بأن كان شجرة فأثمرت ، ثم تلف ، واذا غصب دراهم فاتجر بها فربح ، وان غصب عينا فاستحالت فى يده بأن كان بيضا فصار فرخا، فإن نقصت قيمته بالاستحالة

٣٦٤ ولا يجوز الا على جزء من الربح معلوم

٣٦٥ ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما

٣٦٧ ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل

٣٦٨ ولا يجوز على مدة ، ولا يصح الا على التجارة ، وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه ٣٧٠ ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير اذن رب المال

٣٧٣ ولا يتجر العامل الا فيما أذن فيه رب المال ، ولا يشترى العامل بأكثر من رأس المال ، ولا يتجر الا على النظر والاحتياط

٣٧٧ ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال ، وان ظهر فى المال ربح

٣٧٨ وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاضلة

٣٨٣ والعامل أمين فيما فى يده فإن تلف من غير تفريط

٣٨٤ ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء ٣١٧ وإن مات أحدهما انفسخ

٣٨٦ وان اختلف العامل ورب المال فى تلف المال . وان اختلفا فى رد المال فادعاه العامل ، وان اختلفا فى قدر الربح المشروط فادعى العامل انه النصف وان اختلفا فى قدر رأس المال

٣٨٧ وإن قال ربحت فى المال ألفاً ثم ادعى انه غلط

٣٩٦ باب العبد المأذون له فى التجارة ٣٢٩ ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل

٣٩٩ (كتاب المساقاة) وبيانها ٣٣٧ ولا يجوز الا على معلوم ومدة معلومة

٤٠٨ ولا تجوز الا على جزء معلوم وعمل معلوم ٣٤٩ واذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه . وان شرط العامل أن يعمل معه رب المال لم يصح

٤١٠ وان هرب رفع الأمر الى الحاكم ، وان مات العامل قبل التمام

٤١٥ باب المزارعه ، لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه